

# **Tildeling av klimakvoter – forholdet til statsstøtteregeleene i EØS-avtalen art. 61**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 725

Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17 972 ord

24.11.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Avhandlingens tema</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Kort om kvotehandelssystemet - ETS</b>	<b>3</b>
<b>1.3</b>	<b>Kort om statsstøtte</b>	<b>4</b>
<b>1.4</b>	<b>Materiale</b>	<b>5</b>
1.4.1	Praksis fra ESA og Kommisjonen	6
1.4.2	Domstolsavgjørelser	8
1.4.3	Internasjonale traktater	9
1.4.4	Reelle hensyn	9
<b><u>2</u></b>	<b><u>KVALIFISERER TILDELING AV KLIMAKVOTER SOM STATSSTØTTE?</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Kontrollorganenes standpunkt</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Foretaksbegrepet, konkurransevidningsvilkåret og samhandelskriteriet</b>	<b>13</b>
2.2.1	Foretaksbegrepet	13
2.2.2	Konkurransevidningsvilkåret	14
2.2.3	Samhandelskriteriet	15
<b>2.3</b>	<b>Gir tildeling av klimakvoter en økonomisk fordel?</b>	<b>16</b>
2.3.1	Prinsipielle argumenter	16
2.3.2	Praksis	19
<b>2.4</b>	<b>Er tildeling av klimakvoter bruk av statsmidler?</b>	<b>21</b>
2.4.1	Er frivillig vederlagsfri tildeling av klimakvoter bruk av statsmidler?	23
2.4.2	Er tvungen vederlagsfri tildeling av klimakvoter bruk av statsmidler?	25
2.4.3	Hva er konsekvensene av at frivillig utdeling rammes for tvungen utdeling?	27
2.4.4	Statsmiddelkriteriet ved auksjonering av de frie kvotene	29
2.4.5	EØS-landenes særstilling	29
<b>2.5</b>	<b>Selektivitetskriteriet</b>	<b>30</b>
2.5.1	Rettslig innhold	30

2.5.2	Betydningen av rekkevidden til direktiv 2003/87/EC	31
2.5.3	Krav om forskjellsbehandling	33
<b>2.6</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>34</b>
<b>3</b>	<b><u>LOVLIGHETSKONTROLLEN – RETTSLIG GRUNNLAG</u></b>	<b><u>35</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Kontrollorganenes kompetanse</b>	<b>36</b>
3.1.1	Gir direktiv 2003/87/EC art. 9 (3) en godkjenningshjemmel?	37
3.1.2	Forholdet mellom art. 9 (3) og EØS-avtalen art. 61 (3)	39
3.1.3	Anvendelsen av 2003/87/EC art. 9 (3) - Konsekvenser	40
<b>3.2</b>	<b>Direktiv 2003/87/EC Annex III</b>	<b>41</b>
3.2.1	Omhandler vilkår 5 statsstøttebegrepet eller unntaksadgangen?	41
3.2.2	Forholdet mellom vilkår 5 og likebehandlingsprinsippet	43
<b>4</b>	<b><u>LOVLIGHETSKONTROLLEN - INNHOLD</u></b>	<b><u>44</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Grunnleggende krav til tildelingskriterier for klimakvoter</b>	<b>46</b>
4.1.1	Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) a	46
4.1.2	Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) b	46
4.1.3	Støtten må gå til et legitimt formål	47
4.1.4	Støtten må være nødvendig og hensiktsmessig	48
<b>4.2</b>	<b>Forskjellsbehandling – Krav til tiltakets nyttevirknninger</b>	<b>48</b>
4.2.1	Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) c: Forskjellsbehandling må forankres i miljøhensyn	49
4.2.2	Miljørelaterte begrunnelser for forskjellsbehandling	50
4.2.3	Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) d: Nye aktører	52
<b>4.3</b>	<b>Art. 61 (3) c – Den generelle proporsjonalitetsvurderingen</b>	<b>54</b>
4.3.1	Utslag av proporsjonalitetsvurderingen og eksempler	56
<b>4.4</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>57</b>
<b>5</b>	<b><u>TILDELING AV VEDERLAGSFRIE KVOTER I ETS FASE 3</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Vil vederlagsfri tildeling av kvoter regnes som statsstøtte i fase 3?</b>	<b>58</b>
<b>5.2</b>	<b>Forskjellsbehandling i fase 3, jf. art. 61 (3)</b>	<b>60</b>

<b><u>6</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>61</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b><u>63</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema

Avhandlingen tar for seg statsstøtterettslige problemstillinger som oppstår ved gjennomføringen av EUs system for handel med klimakvoter, *The EU Emission Trading System* (ETS). ETS ble introdusert ved direktiv 2003/87/EC.<sup>1</sup> EØS-landene tilsluttet seg systemet i 2007.<sup>2</sup>

Den overordnede målsetningen i ETS er å redusere utslipp av klimagasser ved bruk av markedsmekanismer, jf. kvotehandelsdirektivet art. 1 og fortalen avsnitt 1-4. Dette oppnås ved å innføre en kvoteplikt som gir foretak et økonomisk insentiv til å redusere sine utslipp, jf. art. 4. Tildeling og fordeling av kvoter foretas etter nåværende ordning ved at statene som deltar i ETS utformer en nasjonal allokeringsplan (NAP), jf. art. 9. Allokeringsplanen skal blant annet inneholde informasjon om mengden utdelte kvoter, tildelingskriterier og hvordan planen forholder seg til rammene som er gitt i kvotehandelsdirektivet.<sup>3</sup>

Statsstøttetildeling er regulert i EØS-avtalen<sup>4</sup> art. 61, som svarer til *The Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) art. 107.<sup>5</sup> I henhold til art. 61 (1) er all tildeling av statsstøtte i utgangspunktet uforenlig med EØS-avtalen, men visse støttetiltak kan likevel godkjennes etter art. 61 (3). Direktivet knytter anvendelsen av

---

<sup>1</sup> Directive 2003/87/EC “*establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC*,” (kvotehandelsdirektivet).

<sup>2</sup> *Decision of the EEA Joint Committee* N146/2007 (EEACom146/2007) inkorporerer ovennevnte direktiver i EØS-avtalens Annex XX. Utgangspunktet er at EØS-landene er underlagt de samme reglene som EU-statene.

<sup>3</sup> jf. Annex III til direktivet: “*Criteria for national allocation plans referred to in articles 9, 22 and 30.*”

<sup>4</sup> EØS-avtalen gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven nr.109/1992 §1, og gis forrang ved motstrid med internrettslige bestemmelser, jf. §2.

<sup>5</sup> Tidligere art. 87 i *Treaty on the European Community* (EF-Traktaten) (TEC). I avhandlingen benyttes den engelske versjonen av TFEU.

dets regler opp mot statstøttereglerne i flere bestemmelser, jf. fortalens avsnitt 23, art. 11 (3) og Annex III vilkår 5. I 2010 deles fremdeles 90% av det totale antallet kvoter ut vederlagsfritt, jf. direktivet art. 10. Det er særlig ved denne overføringen av kvoter uten motytelse at det oppstår spørsmål i forhold til reglene om statsstøtte i EØS-avtalen art. 61. De to hovedproblemstillingene som reises i det følgende er:

1. Kan tildeling av klimakvoter kvalifisere som statsstøtte i henhold til det alminnelige statsstøttebegrepet i EØS-avtalens art. 61 (1)?
2. Dersom tildeling av klimakvoter må anses som statsstøtte, når kan tildelingen skje lovlig i forhold til EØS-avtalens art. 61 (3)?

Fokuset i avhandlingen er ikke på selve tildelingen av klimakvoter, men hvorvidt de tildelte kvotene *fordeles* på en måte som reiser problemer i forhold til statsstøttereglerne. Problemstillingene har direkte betydning for Norges frihet under EØS-avtalen til å støtte nasjonale miljøtiltak ved bruk av tildelingskriterier for klimakvoter.

Behandlingen er forsøkt rettet mot problemstillingene som oppstår som følge av at Norge deltar i kvotehandelssystemet. En analyse av ETS er likevel ikke mulig ut fra et rent nasjonalt perspektiv. Spørsmål om statsstøtte vil trolig måtte løses likt i alle land som deltar i ETS. En avgjørende kilde til en forståelse av regelverket er derfor de regler og føringer som er gitt for gjennomføringen av ETS innad i EU.

Det avgrenses mot de prosessuelle sidene av tildeling av klimakvoter og anvendelsen av statsstøttereglerne. Unntak gjøres for Kontrollorganenes kompetanse, som drøftes under *punkt. 3.1*. Utenfor avhandlingens rammer faller også økonomiske kalkyler av støtteberettigede utgifter og prosentterskler for støtteintensitet. I tillegg er det nødvendig å avgrense mot en diskusjon av hvilke allokeringssystemer som gir høyest samfunnsmessig gevinst.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Se Weishaar kap. 3 og 4, Hepburn (2006), *Climate Policy* nr.6/2006 s. 143.

## 1.2 Kort om kvotehandelssystemet - ETS

Med signeringen av Kyoto-protokollen<sup>7</sup> påtok EUs medlemsstater seg en kvantifisert forpliktelse til å kutte utslippet av klimagasser.<sup>8</sup> Denne utslippsreduksjonen skal oppnås ved en koordinert felles innsats.<sup>9</sup> Etter ratifiseringen av Kyoto-protokollen ble bekjempelse av klimaendring også lansert som en prioritet i fellesskapets arbeid.<sup>10</sup> Den internasjonale forpliktelsen og EUs nye fokus på klimaendring dannet sammen kimen til kvotehandelsdirektivet og ETS.

Direktivets innhold må vurderes i lys av dets bakgrunn. Der det oppstår tolkningsspørsmål kan det være grunn til å legge en teleologisk forståelse til grunn som bidrar til å fremme det grunnleggende formålet om å redusere utslipp. Formålsangivelsen gjentas i retningslinjer,<sup>11</sup> rettspraksis<sup>12</sup> og praksis fra kontrollorganene.<sup>13</sup>

ETS er et system basert på handel med klimakvoter. En klimakvote representerer en tillatt utslippsmengde, nærmere bestemt ett tonn CO<sub>2</sub> over ett år, jf. direktivet art. 3 bokstav a. Kvoten er fritt omsettelig innen hele EØS-området, jf. art. 12.

Utgangspunktet er at utslipp ikke kan foretas uten at man besitter tilstrekkelige kvoter, jf. art. 4. Manglende kvoter innebærer en økonomisk sanksjon som for tiden ligger på 100 euro. Betaling av sanksjonen fritar ikke foretaket fra plikten til å inngi tilstrekkelige kvoter. Tilleggsutslipp må uansett dekkes inn med kvoter i det etterfølgende året, jf. art.

---

<sup>7</sup> Jf. *Kyoto Protocol (Kyoto) to the United Nations Framework Convention on Climate Change (CCC)*, 11.12.1997 (ratifisert ved Rådsavgjørelse 2002/358/EC og inntatt ved direktiv 2004/101/EC).

<sup>8</sup> Kyoto art. 3(1). Tilleggsforurensning må dekkes inn ved Assigned Amount Units (AAUs), se Forordning nr. 2216/2004 art. 45.

<sup>9</sup> Kyoto art. 4 (*Joint Implementation, JI*).

<sup>10</sup> Jf. "the Sixth Community Environment Action Programme," 1600/2002/EC, "Environment 2010: Our future, Our choice", COM (2001)31final, s. 24.

<sup>11</sup> COM(2005)703final s. 4.

<sup>12</sup> T-183/07 *Polen mot Kommisjonen* [2009] premiss 81.

<sup>13</sup> COM(2006)725final s. 2. Se også Kommisjonens avgjørelse av 16. januar 2007 om Nederlands allokeringsplan (heretter forkortet Com16.012.007 Nederland) og Com02.04.2007 Østerrike.

16 (3). Sanksjonsnivået setter derfor ikke automatisk tak for hvor høyt prisen på en kvote kan stige.

ETS er stadig i endring. Større endringer leder tradisjonelt systemet inn i en ny ”fase.” Systemet er nå i fase 2. Fase 1 var regnet som en innkjøringsperiode, med et høyere antall tildelte kvoter og mindre muligheter for auksjonering. Det vil også gå et grunnleggende skille mellom perioden før 31.12.2012 (fase 2) og perioden etter (fase 3). Fremgangsmåten under fase 1 og 2 har vært basert på ”*grand-fathering*”, en prosess hvor det foretas vederlagsfri utdeling av kvoter basert på et foretaks historiske utslipp.<sup>14</sup> I det reviderte direktivet er det på lengre sikt lagt opp til en auksjonsprosess for samtlige kvoter, og en sentralisert fastleggelse av det totale antallet kvoter tilgjengelig.<sup>15</sup> Fokuset i oppgaven er tildeling av kvoter under fase 2, men de sentrale problemstillingene vurderes kort opp mot ETS etter 2013 i avhandlingens *punkt 5*.

### 1.3 Kort om statsstøtte

Grunntanken i konkurranse- og statsstøtteren er at frie markedskrefter er best egnet til å fremme økonomisk vekst og optimal ressursutnyttelse, samt beskytte forbrukernes velferd. EØS-avtalen og EU-traktatene har derfor som mål å opprette en økonomisk sone med like konkurransevilkår,<sup>16</sup> og sterk markedsintegrering.<sup>17</sup> Formålet er også politisk betinget. Markedsintegrering styrker statlige bånd.

Det traktatrettslige statsstøttebegrepet følger av EØS-avtalen art. 61 (1), og drøftes nærmere under *punkt 2*. En tildeling av statsstøtte innebærer at det foretas en selektiv overføring av offentlige midler til private foretak, som derved får en relativ fordel i det markedet de konkurrerer i, på bekostning av andre aktører. Dermed konkurrerer ikke lenger foretakene ut i fra samme premisser (*competition on the merits*). Utgangspunktet

---

<sup>14</sup> Se van Zeben (2009) ”(De) Centralized Law-making in the Revised EU ETS”, A.C.L.E s. 347, Alterskjær et. al. (2008), ”Statsstøtte,” s. 199. For en analyse av praktisk gjennomføring og økonomisk lønnsomhet se Weishaar (2009) ”Towards Auctioning”, kap.3 og s. 103.

<sup>15</sup> Se *punkt 4*.

<sup>16</sup> EØS-avtalens fortale avsnitt 4, art.1 og 4.

<sup>17</sup> Ibid. avsnitt 5.



er som nevnt at tildeling av statstøtte ikke er forenlig med fellesmarkedet. Dette betyr likevel ikke at statsstøtte per definisjon er ulovlig etter EØS-avtalen. Det dreier seg mer om en prosessuell ulovlighet. Statsstøtte skal notifiseres og kan godkjennes etter art. 61 (2) og (3) dersom den er forenlig med fellesmarkedets interesser. Kontrollorganenes godkjenning gjør tildelingen av støtte lovlig. Et avslag tjener på sin side som en rettslig bindende stadfesting av hovedregelen i art. 61 (1) om at statsstøtten er uforenlig med EØS-avtalen, og dermed at tildelingen er ulovlig. Regelverket åpner dermed for tildeling av statsstøtte, så lenge det gjøres i kontrollerte former, i et akseptabelt omfang og ut fra legitime formål.<sup>18</sup>

For denne avhandlingens formål er det art. 61 (3) som er aktuell. Art. 61(2) gir anvisning på støttetiltak som automatisk skal godkjennes, men tildeling av klimavoter faller ikke under noen av bestemmelsens kategorier.

Ved markedssvikt vil argumentene for å beskytte fellesmarkedet svekkes. Markedssvikt foreligger når rene markedsmekanismer ikke på egenhånd sørger for en optimal utnyttelse av ressurser eller beskyttelse av forbrukere. Direktivet regulerer nettopp en slik situasjon. Utslippene har eksterne skadevirkninger som foretakene tidligere ikke måtte betale for (*negative externalities*).<sup>19</sup> Klimavotesystemet kan dermed vurderes ut fra det grunnleggende markedssviktspørsmålet om hvordan disse kostnadene skal fordeles i samfunnet.

## 1.4 Materiale

Både statsstøtteretten og ETS har en fast forankring i EU-retten. Det er derfor EU-rettslig metode som må danne grunnlaget for behandlingen av de to hovedproblemstillingene. Listen over kilder i det følgende tar ikke sikte på å være

---

<sup>18</sup> Sejersted (2004), "EØS-rett," s. 581.

<sup>19</sup> *Negative externalities* er i ESAs retningslinjer for miljøstøtte pkt 20 definert som en situasjon hvor "(T)he production costs that are born by the undertaking are lower than the costs borne by society." For spørsmål om markedssvikt viser Retningslinjene pkt. 5 til COM(2005)107final: "(T)he State Aid Action Plan (SAAP) – Less and better targeted State Aid: A roadmap for State aid reform 2005-2009." Årsakene til markedssvikt behandles der på side 7.

uttømmende, men er heller ment å gi en oversikt over rettskildemessige særpreg når man skal tolke kvotehandelsdirektivet og relevante statsstøtterettslige bestemmelser.

#### 1.4.1 Praksis fra ESA og Kommisjonen

Ansvar for å håndheve EØS-avtalens art. 61 er tillagt EFTAs overvåkningsorgan (ESA),<sup>20</sup> mens det tilsvarende ansvaret innad i EU er tillagt EU-kommisjonen (Kommisjonen). ESA har enda ikke behandlet nok saker til å gi et fullstendig bilde av rettstilstanden på klimakvoteområdet, og har ikke samme forutsetninger for å styre rettsutviklingen. Det er derfor helt nødvendig å se hen til praksis fra Kommisjonen for å ta stilling til de to sentrale problemstillingene. I det følgende benyttes ”Kontrollorganene” som samlebetegnelse for både ESA og Kommisjonen.

Systemet for klimakvotehandel er relativt nytt, og det er fremdeles lite domstolspraksis. Fra et metode- og rettskildeperspektiv innebærer det at man i større grad er nødt til å se hen til retningslinjer, uttalelser og avgjørelser fra ESA og Kommisjonen.

ESA treffer vedtak<sup>21</sup> i statsstøttesaker, jf. ODA art. 5 nr.2 bokstav a, og vedtar ”rettsakter” på statsstøtterettens område, jf. ODA art. 24. ESAs retningslinjer og uttalelser vil ikke være egentlige rettsakter i klassisk forstand ettersom de ikke er rettslig bindende. Sammen med ESAs avgjørelser vil slik ”soft law” likevel ha stor praktisk betydning for rettstilstanden på statsstøtteområdet. Det kan pekes på tre hovedgrunner til dette:

1. Som første beslutningsinstans vil ESAs vedtak fort bli toneangivende, særlig siden en avklaring ved domstolene kan være svært tidkrevende.
2. ESAs retningslinjer og veiledning i tolkningsspørsmål virker standardiserende for EØS-statenes praksis. En sentral kilde til forståelsen av de materielle rettsreglene i ETS er ESAs retningslinjer for miljøstøtte, datert 16 juli 2008, (heretter

---

<sup>20</sup> Jf. EØS-avtalen art. 108 nr. 1, jf. ”Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol” (ODA) art. 4 jf. art. 5 (2) b.

<sup>21</sup> ESAs vedtak er ikke bindende overfor EØS-komiteen, og kan overprøves av EFTA-domstolen.

Miljøretningslinjene/Retningslinjene)<sup>22</sup> og veiledningen som er gitt for utformingen av allokeringsplaner.

3. Uttalelsene er også standardiserende i kraft av at de legger bånd på ESAs eget skjønn. Binding forutsetter at uttalelsene ikke strider mot EØS-avtalens overordnede prinsipper.<sup>23</sup> Rettspraksis beskriver denne effekten slik: *"(...) the institution in question imposes a limit on the exercise of its own discretion and cannot depart from those rules, if its not to be found, in some circumstances, to be in breach of general principles of law (...)."*<sup>24</sup>

Kommisjonens vedtak og retningslinjer etter art. 288(5) TFEU er ikke bindende for EØS-området. Dette bekreftes av EFTA-domstolen i saken *Norge mot ESA*:

*"Commission notices and communications, as well as Commission decisions in particular cases, are not binding on the EFTA Court."*<sup>25</sup> Kommisjonens virke vil likevel ha stor betydning for ETS, av samme grunner som er angitt for ESA. I tillegg besitter Kommisjonen lovgivningskompetanse på en rekke områder, tildelt av Rådet i medhold av art. 115 TFEU.

Det er et selvstendig formål for både ESA og Kommisjonen å sikre homogenitet innenfor EØS-området. Ved siden av slike alminnelige harmoniseringssynspunkter er det flere rettslige grunnlag for å tolke og anvende Kontrollorganenes praksis i sammenheng. Det første grunnlaget ligger i traktatens kompetansetildeling. EØS-avtalen protokoll 26 art. 1 tillegger ESA *"equivalent powers and similar functions to those of the EC Commission(...)/for the application of the competition rules applicable to State aid"*. Organene samarbeider også konkret, jf. EØS-avtalen art. 62 nr.2 og

---

<sup>22</sup> Retningslinjenes del III, horisontale regler: *"Statsstøtte til miljøbeskyttelse."* Disse svarer til Kommisjonens retningslinjer 2008/C82/01: *"Community guidelines on state aid for environmental protection,"* som avløste retningslinjene fra 2001. De tidligere retningslinjene omtalte behovet for å integrere miljøhensyn i konkurranseretten., jf. OJ C37/3 [2001] avsnitt 18, men dette sies ikke eksplisitt i de nye. Trolig er det ikke tilsiktet noen forskjell.

<sup>23</sup> Se C-351/98 *Spania mot Kommisjonen* premiss 53 og sak C-409/00 *Spania mot Kommisjonen* premiss 95.

<sup>24</sup> T-374/04 *Tyskland mot Kommisjonen* premiss 110.

<sup>25</sup> REC 1999 s. 27, premiss 41.

protokoll 27.<sup>26</sup> Det tredje grunnlaget ligger i den teknikken ESA har valgt for å inkorporere EU-rett i EØS-avtalen. ESAs retningslinjer vil normalt ha samme materielle innhold som Kommisjonens, slik som ved Retningslinjenes kapittel om statsstøtte til miljøbeskyttelse. Resultatet av denne homogeniteten er at Kommisjonens betydning som rettskilde styrkes.

#### 1.4.2 Domstolsavgjørelser

EFTA-domstolens avgjør saker om fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen med bindende virkning for prosesspartene, jf. EØS-avtalen art. 32.<sup>27</sup> I den grad domstolen har behandlet ETS-relevante saker vil den være en sentral kilde.

Avgjørelsene fra *The Court of Justice* (ECJ)<sup>28</sup> er ikke direkte bindende for Norge.<sup>29</sup> Overlappingen mellom det materielle innholdet i EU-traktatene og EØS-avtalen gjør likevel avgjørelser fra ECJ retningsgivende også for EØS-området.<sup>30</sup> videre tillegger den europeiske rettstradisjonen ECJ stor betydning som premissleverandør og rettsutvikler.<sup>31</sup> Samlet sett vil avgjørelser fra ECJ ha stor rettskildemessig vekt. Tilsvarende gjelder underinstansene som har materiell kompetanse, jf. særlig Retten (*The General Court*).<sup>32</sup> Nasjonale domstoler, deriblant Norges, vil ha domsmyndighet ved den internrettslige gjennomføringen av ETS, men det må utvises forsiktighet i å utlede generelle momenter om anvendelsen av direktivet fra nasjonal praksis.

---

<sup>26</sup> Protokoll 27 omhandler utveksling av informasjon og utredninger.

<sup>27</sup> EFTA-domstolen har også full domsmyndighet hva gjelder sanksjoner ilagt av ESA, jf. art. 35 og 36.

<sup>28</sup> Tidligere *The Court of Justice of the European Communities*. Se art. 19 TEU, art. 251 flg. TFEU.

<sup>29</sup> Art. 263 TFEU, jf. art. 19 nr.3 TEU og nærhetsprinsippet ("subsidiarity") i art. 5 nr.3. Se art. 251 flg. for organisatoriske og prosessuelle bestemmelser. Domstolens kompetanse ble i praksis utvidet ved Lisboa-traktatens avskaffelse av tre-pillarstrukturen.

<sup>30</sup> Art. 105 pålegger EØS-komiteen å sikre harmonisering og homogen tolkning. Norske domstoler vil i tråd med alminnelige harmoniseringshensyn og presumsjonsprinsippet normalt legge praksis fra både fellestapsdomstolene og EFTA-domstolen til grunn.

<sup>31</sup> De Burca s. 72 flg.

<sup>32</sup> Tidligere Førsteinstansretten (*Court of First Instance*). Se art. 256 TFEU.

I det man leser rettspraksis om ETS må det tas et forbehold om at domstolene tradisjonelt har hatt en mer tilbaketrukket rolle på statsstøtteområdet. Sakenes kompleksitet gjør at de ofte viker tilbake for en fullstendig materiell vurdering av Kontrollorganenes vedtak.<sup>33</sup> Utgangspunktet er fremdeles at domstolene tar stilling til lovforståelsen, grove feil og eventuell myndighetsmisbruk.<sup>34</sup>

#### 1.4.3 Internasjonale traktater

ETS rommer både internrettslige og folkerettslige forpliktelser. Det rettslige grunnlaget for den kvantitative forpliktelsen til å redusere utslipp følger av at EU- og EØS-landene er tilsluttet FNs klimakonvensjon.<sup>35</sup> Internasjonale klimatraktater vil dermed være relevante tolkningsmomenter i fastleggelsen av direktivets og kvotehandelssystemets innhold, jf. direktivets Annex III vilkår 1, som knytter den totale allokeringsmengden til statens folkerettslige forpliktelser.

#### 1.4.4 Reelle hensyn

Det kan være misvisende å betegne hensyn som en "rettskilde," men både statsstøttereglene og klimakvotehandelen er rettslige områder hvis framdrift i stor grad er politisk drevet. Det er vanskelig å finne konkrete eksempler på at underliggende hensyn har vært utslagsgivende for et tolkningsresultat, men de nevnes stadig i praksis og i retningslinjer, og spiller trolig en rolle i tolkningsprosessen.<sup>36</sup> De to hovedproblemstillingene må derfor ses i lys av EØS-avtalens og direktivets grunnleggende formål og tolkningsprinsipper.

---

<sup>33</sup> Se Hancher s. 8, T-171/02 *Regione Autonoma della Sardegna mot Kommisjonen* premiss 97 og T-13/99 *Pfizer* premiss 166 og 171.

<sup>34</sup> "(T)he Court is obliged to confine itself to verifying that the measure in question is not vitiated by a manifest error or a misuse of powers, [and] that the competent authority did not clearly exceed the bounds of its discretion," videre "that the Commission observed the limits of relevant rules of law, as interpreted by the Court (...)," jf. T-183/07 *Polen mot Kommisjonen* premiss 91.

<sup>35</sup> Jf. Direktiv 2004/101/EC.

<sup>36</sup> Kommisjonen har tradisjonelt inntatt en mer åpen holdning til statsstøtte til miljøtiltak enn på andre områder, jf. Hancher (2006), "EC State Aids" s. 506.

EØS-avtalen behandler hensynet til miljø både som en selvstendig målsetning og som et samarbeidsområde, jf. EØS-avtalens fortale<sup>37</sup> og art. 1(2) bokstav f . Miljøhensyn gis ytterligere gjennomslagskraft ved integrasjonsbestemmelsen i EØS-avtalens art. 73 nr. 2, som fastslår at de må tillegges vekt på alle rettsområder som omfattes av EØS-avtalen.<sup>38</sup> Tilsvarende utgangspunkt oppstilles i EU-traktatene.<sup>39</sup>

I tillegg er miljøpolitikk søkt fremmet ved en rekke rettslige prinsipper, jf. art. 191 TFEU. Bestemmelsen har ikke motsvar i EØS-avtalen, men prinsippene får likevel en EØS-rettslig forankring ved integrasjonsbestemmelsen og fortalen til EØS-avtalen, samt ved regelverket for tildeling av klimakvoter.<sup>40</sup> Det viktigste<sup>41</sup> av disse for ETS er prinsippet om at forurensere skal betale, jf. art. 191 nr. 2 (2).<sup>42</sup> Prinsippet er stadfestet i EØS-avtalens art. 73 nr.2. Ved å internalisere kostnaden for utslipp hos forurensere gir direktivet foretak et økonomisk insentiv til å kutte utslippene og redusere utgiftene. Slik kan markedskreftenes usynlige hånd brukes til å oppnå miljøbetingede målsetninger. Prinsippet er nært forbundet med det uttrykte ønsket om å plassere byrden for å redusere utslipp hos kilden.<sup>43</sup>

Problemstilling nr. 1, om tildeling av klimakvoter kvalifiserer som statsstøtte, behandles under *punkt 2*. Problemstilling nr. 2, om unntaksadgangen i art. 61 (3), behandles under *punkt 3 og 4*.

---

<sup>37</sup> Statene skal ”verne og forbedre miljøets kvalitet,” jf avsnitt 9, og legge seg på et ”høyt beskyttelsesnivå,” jf. avsnitt 10.

<sup>38</sup> Det må her skilles mot integrasjonshensynet i EU-traktaten, jf. fortalen til TEU avsnitt 1, om å fremme et stadig tettere samarbeid innen fellesskapet.

<sup>39</sup> Fortalen til TEU avsnitt 8, art.3 (3), art.11 TFEU.

<sup>40</sup> Alterskjær s. 182.

<sup>41</sup> Prinsippet om bærekraftig utvikling kan også nevnes, jf. fortalen TEU avsnitt 9. Statene skal drive en ”prudent and rational utilisation of natural resources”, jf. EØS-avtalen art.73 nr.1 bokstav c og art. 191 nr.1 TFEU. Se også *Rio-deklarasjonen* art. 4 og Birnie (2009), ”*International Law & the Environment*” s. 115 flg.

<sup>42</sup> Se Rio art. 16.

<sup>43</sup> Art. 191(2) TFEU.

## 2 Kvalifiserer tildeling av klimakvoter som statsstøtte?

EØS-avtalen art. 61 (1) omhandler det alminnelige statsstøttebegrepet. Bestemmelsen lyder:

*”Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som virer eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtte påvirker samhandelen mellom avtalepartene.”*

Spørsmålet i dette kapittelet er hvorvidt tildeling av klimakvoter kvalifiserer som statsstøtte etter dette alminnelige støttebegrepet. Bestemmelsen oppstiller seks kumulative vilkår.

1. Mottageren må være et foretak (foretaksbegrepet).
2. Tildelingen må begunstige enkelte foretak (selektivitetskriteriet).
3. Tildelingen må gi mottageren en økonomisk fordel.
4. Støtten må være gitt av statsmidler (statsmiddelkriteriet).
5. Tildelingen må vri eller true med å vri konkurransen (konkurrensevriddningsvilkåret).
6. Tildelingen må kunne påvirke samhandelen i EØS-området (samhandelskriteriet).

Ved flere av vilkårene, og særlig konkurransevriddningsvilkåret, er det først nødvendig å definere hva som er det relevante markedet. ”Markedet” for klimakvotehandling avgrenses naturlig ved kvotehandelsdirektivets rekkevidde. Direktivets art. 2 nr.1 begrenser anvendelsen til foretak som driver aktivitet listet opp i Annex I, eller har

utslipp i henhold til Annex II. ”Markedet” tilsvarer dermed alle foretak som rammes av Annex I og II og som dermed har behov for klimakvoter.<sup>44</sup>

Det går et grunnleggende skille mellom kvoter som auksjoneres bort og kvoter som gis ut vederlagsfritt eller til underpris. Der en kvote auksjoneres bort blir det vanskelig å påvise en ensidig overføring av en økonomisk verdi fra staten til en privat part. Forutsetningen for hele systemet er nettopp at bedriften betaler markedspris for kvoten.<sup>45</sup> Staten blir kun en tilrettelegger. I bunnen av dette argumentet ligger det igjen en forutsetning om at selve auksjonsordningen tilfredsstiller grunnleggende krav til objektivitet og ikke-diskriminering.<sup>46</sup>

## 2.1 Kontrollorganenes standpunkt

Kontrollorganenes klare oppfatning er at tildeling av klimakvoter kan kvalifisere som statsstøtte. Denne rettsoppfatningen er likevel bestridt i rettslitteraturen, og er enda ikke endelig bekreftet av domstolene. Behandlingen vil i det følgende ta for seg både rettslige og prinsipielle innsigelser til Kontrollorganenes standpunkt.

Kontrollorganenes standpunkt bekreftes gjennomgående i deres praksis og føringer.<sup>47</sup> Standpunktet danner utgangspunktet for detaljbestemmelsene i Miljøretningslinjene.<sup>48</sup> I Kommisjonens ”Non-Paper” om utarbeidelse av allokeringsplaner sies det i klartekst:

*”National allocation plans will constitute State aid under Article 87(1) EC and will therefore have to be notified to the Commission for the assessment under State aid*

---

<sup>44</sup> Den nyeste ”Guidance on Interpretation of Annex I” er datert 18.03.2010.

<sup>45</sup> Weishaar s. 190.

<sup>46</sup> Krav til auksjonsprosessen følger av direktivet art. 10 (1); Annex 1 og 24; COM (2003)830final avsnitt 55 og 57; COM(2005)703final del VIII og C(2010)D009287/01 - Kommisjonens utkast til forordning for auksjonsordning.

<sup>47</sup> Se åpent brev fra Kommisjonens datert 17.03.2004 (HNVC2/PV/amh/D(2004)420149).

<sup>48</sup> Retningslinjene pkt. 55 og 139.



*rules.(...) This is a very firm affirmation that allocation to individual operators or sectors must not constitute incompatible state aid.*”<sup>49</sup>

Det er flere problemer forbundet med å ukritisk legge Kontrollorganenes rettsoppfatning til grunn. For det første har den oppfatningen Kommisjonen gir uttrykk for i sine generelle uttalelser liten selvstendig vekt som rettskilde. Retningslinjenes rettskildeverdi er også lav når man skal drøfte statsstøttebegrepet. De omhandler primært godkjennelsesprosessen der statsstøtte allerede er påvist. For det andre har domstolene i sakene som omhandler ETS utelukkende vurdert nasjonale allokeringsplaner opp mot kvotehandelsdirektivet art. 10 og vilkårene i Annex III. De overordnede reglene om statsstøtte i EØS-avtalen og EU-traktatene har ikke blitt direkte anvendt. Der de statsstøtterettslige spørsmålene om forskjellsbehandling og objektiv forsvarlighet berøres er det gjort på bakgrunn av det generelle prinsippet om likebehandling.<sup>50</sup> For det fjerde er det i rettslitteraturen fremmet flere prinsipielle innsigelser som Kontrollorganene ikke har tatt endelig stilling til. Som behandlingen i det følgende vil vise bærer praksis snarere preg av at man har presumert at vilkårene for statsstøtte er oppfylt, uten å drøfte underliggende problemstillinger.

Det samlede resultatet er at man står igjen med et ufullstendig rettskildebilde. Selv om Kontrollorganenes rettsoppfatning har solid forankring i deres egen praksis mangler den bekreftelse fra eksterne kilder. Hovedargumentet for å likevel legge Kontrollorganenes praksis til grunn blir dermed dens varighet. ETS har vært operativt i snart syv år, uten at de grunnleggende antagelsene om anvendelsen av statsstøtteregler har blitt utfordret.

## 2.2 Foretaksbegrepet, konkurransevidningsvilkåret og samhandelskriteriet

### 2.2.1 Foretaksbegrepet

EØS-avtalen gir ingen legaldefinisjon for begrepet ”foretak”. Begrepet er EU-rettslig autonomt og henter sitt innhold fra rettspraksis.<sup>51</sup> I *Höfner and Elser* ble det lagt til

---

<sup>49</sup> ”How to develop a National Allocation Plan”, datert 01.04.2003, s. 1-2.

<sup>50</sup> Se eksempelvis T-374/04 *Tyskland mot Kommisjonen* premiss 152, se punkt 3.4.

<sup>51</sup> Konkurranserettspraksis er særlig relevant, se Sejersted s. 602.

grunn at foretaksbegrepet ”*encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed.*”<sup>52</sup> Det må foretas en funksjonell tilnærming, med fokus på foretakets stilling i markedet.

Økonomisk aktivitet regnes som ”*any activity consisting in offering goods and services on a given market.*”<sup>53</sup> Utøvelse av offentlig myndighet eller rent solidarisk aktivitet rammes ikke av begrepet.<sup>54</sup>

Direktiv 2003/87/EC er rettet mot operatører av installasjoner, jf. art. 3 bokstav e og f. Hva som utgjør en installasjon behandles i Annex I, som kobler begrepet opp mot økonomisk aktivitet. Trolig skal det mye til for at foretakskriteriet skal settes på spissen. Det er vanskelig å se for seg at en operatør rammes av ETS, uten samtidig å dekkes av foretaksbegrepet.

## 2.2.2 Konkurransesvridningsvilkåret

Art. 61 rammer ”*støtte som vrir eller truer med å vri konkurransen*” i fellesmarkedet. Ordene signaliserer at en potensiell effekt er tilstrekkelig. Kommisjonen må ikke påvise faktisk konkurransesvridning, men det er heller ikke tilstrekkelig å presumere at kriteriet er oppfylt. Det må foretas en realitetsvurdering.<sup>55</sup> Konkret vil en konkurransesvridning bestå i en relativ styrking av mottagerforetakets stilling i forhold til andre aktører. Målingen av den konkurransesvridende effekten kan ikke begrenses til en enkelt stat, det må ses hen til konsekvensene for hele fellesmarkedet.<sup>56</sup> Det klare utgangspunktet i teori og praksis er at det skal svært lite til før man anser konkurransesvridningsvilkåret for oppfylt, og det er ingen nedre terskel for støttens størrelse.<sup>57</sup>

Forutsetningen for en konkurransesvridende effekt er at kvotene har en økonomisk verdi (punkt 2.4). Så lenge man kan argumentere for at kvotene har en økonomisk verdi

---

<sup>52</sup> C-41/90 premiss 21.

<sup>53</sup> C-180/98 *Pavlov* premiss 75; C-475/99 *Ambulanz Glöckner* premiss 19.

<sup>54</sup> C-159/91 *Poucet* premiss. 18-19, C-309/99 *Wouters* premiss 57.

<sup>55</sup> Forenede saker 296/82 og 318/82 *Nederland og Leeuwarder* premiss 24.

<sup>56</sup> Sak 730/79 *Philip Morris* premiss 26.

<sup>57</sup> Alterskjær s. 55, Hancher s. 73 og AG Tizziano i C-172/03 *Heiser*.

innebærer vederlagsfri tildeling innen ETS en svært betydelig overføring av midler. Til illustrasjon vil statene i ETS dele ut 2.04 milliarder kvoter i 2013. I dag koster en kvote 15 euro, men prisen er forventet å stige til 30 euro innen 2016.<sup>58</sup> Mest sannsynlig er overføringen størrelse i seg selv tilstrekkelig til at konkurransevidningsvilkåret oppfylles.

### 2.2.3 Samhandelskriteriet

At et tiltak kun må være ”egnet” til å påvirke samhandelen innebærer at man ikke er nødt til å påvise en eksisterende, konkret effekt.<sup>59</sup> Kriteriet omhandler det økonomiske samspillet mellom foretak innen EØS, og overlapper med konkurransevidningsvilkåret. Hvis foretakene er i en konkurransesituasjon, og mottageren har fått en økonomisk fordel som er i stand til å styrke hans relative posisjon, vil man presumptivt anta at støtten påvirker samhandelen.<sup>60</sup> Dette gjelder i prinsippet uavhengig av om mottageren driver eksport eller rent faktisk konkurrerer med andre foretak på tildelingstidspunktet. I *Altmark Trans* var det tilstrekkelig at andre aktørers deltagelsesmuligheter i det lokale markedet ble påvirket.<sup>61</sup> Utgangspunktet i de fleste tilfeller er at samhandelskriteriet er oppfylt.<sup>62</sup> Enkelte tjenesteytelser vil likevel være så lokalt betinget at en påvirkning utelukkes.<sup>63</sup>

Det er vanskelig å se hvordan et foretak som rammes av ETS også skal kunne betegnes som et rent lokalt foretak. Direktivets Annex I og II forutsetter normalt økonomisk aktivitet med henblikk på eksport eller produksjon av en vare for videresalg.<sup>64</sup> I tråd med det grunnleggende utgangspunktet om at Kontrollorganene vil være tilbakeholdne

---

<sup>58</sup> Alle tall er hentet fra <http://www.pointcarbon.com/> (Sist sjekket 01.11.2010).

<sup>59</sup> Forenede saker E-5/04, E-6/04, E-7/04 *Fesil and Finn fjord*, premiss 93.

<sup>60</sup> Sak 730/79 *Philip Morris* premiss 11.

<sup>61</sup> C-280/00 *Altmark Trans* premiss 78. Se forenede saker C-278/92, C-279/92 og C-280/92 *Spania mot Kommisjonen* premiss 40.

<sup>62</sup> Bacon (2003), E.C.L.R nr. 2, s. 61.

<sup>63</sup> Alterskjær s. 59-60.

<sup>64</sup> Sml. Lorenz s. 403.

med å utelukke en påvirkning av samhandelen<sup>65</sup> legges det i det følgende til grunn at samhandelskriteriet er oppfylt ved vederlagsfri tildeling av klimakvoter.

Temaet i det følgende er de tre resterende vilkårene; hvorvidt vederlagsfri tildeling gir en økonomisk fordel, om det utgjør bruk av statsmidler og selektivitetskriteriet.

### 2.3 Gir tildeling av klimakvoter en økonomisk fordel?

Den økonomiske verdien av klimakvoter kan enten uttrykkes som en verdi for mottagerforetaket, eller for staten som giver. Problemstillingen her er om en vederlagsfri tildeling av klimakvoter gir *mottagerforetaket* en økonomisk fordel.<sup>66</sup>

Art. 61 definerer ikke hva som utgjør en økonomisk fordel. Kontrollorganene har lagt til grunn at begrepet må forstås autonomt, og gitt det en bred anvendelse.<sup>67</sup> Etter langvarig rettspraksis skal forståelsen av begrepet være formålsoverordnet. Det er tildelingens faktiske virkninger som er avgjørende.<sup>68</sup> Formen tildelingen tar eller det juridisk grunnlaget er irrelevant så lenge ytelsen har økonomisk verdi.<sup>69</sup> Det er i prinsippet også uten betydning hva fordelene består i. Det kan dreie seg om en tilførsel av midler, eller fritak fra en utgift. Så lenge tiltaket i praksis er egnet til å bedre foretakets økonomiske stilling vil det kunne utgjøre en økonomisk fordel.

#### 2.3.1 Prinsipielle argumenter

En klimakvote har ingen verdi i seg selv. En eventuell økonomisk verdi må oppstå som resultat av etterspørselen i et kunstig marked. En innvending *mot* at vederlagsfri tildeling av kvoter gir en økonomisk fordel, og mer prinsipielt *mot grand-fathering* som

---

<sup>65</sup> Se Alterskjær s. 60.

<sup>66</sup> Den økonomiske verdien for staten drøftes under statsmiddelkriteriet, *punkt 2.4*. Diskusjonene er delvis overlappende.

<sup>67</sup> T-459/93 *Siemens SA mot Kommisjonen* premiss 52. Kommisjonens standpunkt om at begrepet utelukkende defineres av fellesskapsretten er kontroversielt, se Weishaar s. 147.

<sup>68</sup> Hancher, s. 32. Praksisen rekkes tilbake til Sak 30/59 *Steenkolenmijn in Limburg v. High Authority* premiss 19. Se nyligere C-241/94 *Frankrike mot Kommisjonen* premiss 19-20.

<sup>69</sup> Se Alterskjær s. 30, de Burca s. 1087.

tildelingsmetode, er at utslipp av klimagasser tidligere var gratis. Med ETS ble foretakenes frie adgang til utslipp erstattet med økonomiske sanksjoner, uten at den faktiske situasjonen var endret. Forsøker man å definere dette som en økonomisk fordel kan man sammenligne det at staten legger midlertidige bånd på et foretaks midler, for så å frigjøre dem, og kaller frigjøringen en økonomisk fordel. Synspunktet gjør *grand-fathering* betenkelig ut fra rettferdsbetraktninger, men samtidig er det også betenkelig å tillegge foretak noen "rett" til utslipp. Staten har alltid adgang til å endre de legislative rammene for økonomisk virksomhet, særlig når denne virksomheten kan skade omgivelsene. En slik "rett" vil også passe dårlig med prinsippet om at forurenseren betaler. Ifølge dette prinsippet tilhører "retten" til utslipp befolkningen, som gjennom demokratisk valgte organer kan velge å innskrenke den. Uansett vil argumentet miste mye av sin kraft etter hvert som ordningen med handel i klimakvoter blir innarbeidet.

Nært beslektet med ovennevnte diskusjon er synspunktet om at foretak burde kompenseres for forutsetningene som lå til grunn for beslutninger tatt før ETS. I fraværet av en faktisk ekspropriasjon kan man likevel neppe si at en endring i driftsforutsetninger gir foretak et *krav* på kompensasjon. Man må i så fall basere kravet på avtalerettslige prinsipper eller prinsipielle rettferdsbetraktninger. Disse må igjen veies opp mot hensynene som taler mot inngrep i markedet. I en slik avveining vil de neppe være tilstrekkelige.<sup>70</sup>

Dersom tildeling av klimakvoter ikke rammes av statsstøttereglene vil enorme tilførsler fra det offentlige til det private være skjermet fra ESAs og Kommisjonens kontroll. Statsstøttereglene berører det helt grunnleggende formålet med EØS-samarbeidet, å sikre fellesmarkedet. I lys av det grunnleggende ønsket om å sikre statsstøttereglernes effektivitet vil det være høy terskel for å tolke EØS-avtalen på en måte som begrenser rekkevidden av art. 61 (1). Dette er et prinsipielt argument for at tildeling av klimakvoter bør regnes som en økonomisk fordel.

Når man mer konkret skal ta stilling til kvotenes egenskaper som økonomiske instrumenter er det 2 hovedtilnærminger:

---

<sup>70</sup> Jf. *punkt 1.3 og 3*, Hepburn s. 142.

1. Det første synspunktet går ut på at en kvote ikke har noen praktisk økonomisk verdi så lenge de tildelte kvotene svarer til utslippene. Slik Zwingmann:

*”Ein staatlicherseits gewährter geldwerter Vorteil liegt somit nicht vor, wenn ein Emittent nur so viele Zertifikate erhält, wie er (...) benötigt. Möchte ein Anlagenbetreiber den finanziellen Wert der Zertifikate durch Verkauf der Zertifikate realisieren, so muss er im Gegenzug eigene Anstrengungen zur Emissionsreduktion unternehmen.”*<sup>71</sup>

Ifølge dette synspunktet anses kvotenes økonomiske verdi kun å ligge latent. For å utløses må foretaket disponere for å redusere utslipp, slik at overskuddskvotene kan selges og den økonomiske verdien realiseres. Synspunktet er en naturlig slutning fra påstanden om at kvoten ikke har noen verdi i seg selv. Man ser likevel i andre sammenhenger at den latente verdien i immaterielle aktiva anses som en økonomisk fordel, eksempelvis ved opsjoner. Det er lite grunnlag for å behandle klimakvoter annerledes. Videre, dersom man i stedet knytter vurderingen av klimakvoter opp til foretakenes faktiske disposisjoner vil det kunne få tilfeldige utslag, samtidig som det ikke tas tilstrekkelig høyde for at klimakvoter har en børsnotert verdi og er gjenstand for utstrakt handel.

2. Det andre synspunktet ser på helheten i systemet. Dersom et foretak ikke får tildelt kvoter vederlagsfritt vil de måtte kjøpe kvoter i markedet eller betale en bot per tonn klimagass det slipper ut. En *sanksjonstilnærming* tilsier at det er en selvstendig økonomisk verdi i å unngå en slik utgift. Ved siden av sanksjonstilnærmingen kan kvotene også videreselges som immaterielle aktiva. Et foretak vil ha valget mellom å bruke de vederlagsfritt tildelte kvotene til å dekke egne utslipp, eller å investere i en utslippsreduksjon og selge de overflødige kvotene for en direkte inntjening. Denne måten å se kvotens verdi på styrkes når markedet for kvoter blir klarere definert, og

---

<sup>71</sup> Zwingmann (2007), ”Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie,” s. 166. Se også Lorenz s. 400.

taler for at vederlagsfri tildeling av kvoter er en engangsyttelse som faller inn under fordelsbegrepet i art. 61 (1).<sup>72</sup>

Zwingmann angriper sanksjonstilnærmingen ut fra en tanke om at vederlagsfri tildeling av klimakvoter ikke gir fritak fra en *offentlig* betalingsforpliktelse.<sup>73</sup> Hvis et foretak tvinges til å gå til innkjøp av ekstra kvoter må kvotene kjøpes fra andre private aktører. Alternativt kan det bruke egne midler for å redusere utslipp. Staten vil uansett ikke tilføres midler direkte.

Som svar på dette er det for det første tvilsomt om man kan oppstille som krav at fritaket fra en økonomisk byrde må gjelde overfor en offentlig betalingsforpliktelse. Begrepet økonomisk fordel er som nevnt tolket bredt, og for foretaket er det ingen realitetsforskjell mellom en utbetaling til en annen privat part og en utbetaling til det offentlige. Statlig styrte overføringer av midler mellom private parter ble ansett å falle utenfor statsstøttereglene i *PreussenElektra*,<sup>74</sup> men situasjonen der var en annen. Temaet i avgjørelsen var statsmiddelkriteriet. Videre gir kvotehandelsdirektivet staten både rolle som utsteder av klimakvotene og håndhever av sanksjonen i art. 16 (3). Staten deltar dermed i markedet, og har visse inntektsmuligheter. Dette var ikke tilfelle i *PreussenElektra*. Ut fra systembetraktninger er det trolig tilstrekkelig at kvotene gir fritak fra en økonomisk forpliktelse, uten at den trenger å være offentlig.

### 2.3.2 Praksis

Spørsmålet om tildeling av kvoter gir mottageren en økonomisk fordel har blitt reist flere ganger før innføringen av ETS. Danmarks og Storbritannias system for vederlagsfri tildeling av utslippstillatelser ble begge ansett å gi mottagerforetakene en økonomisk fordel:

---

<sup>72</sup> Se Weishaar s. 162, se også Merola/Grichlow (2004), "World Competition" Vol.27 Nr.1, s. 34.

<sup>73</sup> Weishaar s. 166-167.

<sup>74</sup> C-379/98 *PreussenElektra* premiss 59.

*”The state allocates a number of transferable emission permits free of charge to the direct participants. The state thus provides these companies with an intangible asset for free, which can be sold on a market to be created. The fact that there will be a market is a sign of the value of the asset being allocated.”<sup>75</sup>*

Sitatet over viser at det fremtidige markedet for kvotene er et viktig moment som taler for at det foreligger en økonomisk fordel. Et spørsmål som kan reises er om markedets eksistens er tilstrekkelig. Kommisjonens senere avgjørelse om belgiske grønne strømsertifikater er her relevant.<sup>76</sup> Belgiske strømprodusenter ble tildelt bevis (sertifikater)<sup>77</sup> for påviste utslippsreduksjoner. Sertifikatene førte til at mottageren kunne ta en høyere strømpris, og var omsettelige. Ordningen var dermed noe forskjellig fra ETS, men det er fremdeles mulig å trekke ut noen momenter. Kommisjonen gjentok at eksistensen av et marked var et viktig moment, men konkluderte med at det ikke var tilstrekkelig til å si at det forelå en økonomisk fordel. Det er altså nødvendig med tilleggsmomenter.<sup>78</sup>

Kommisjonens avgjørelser gir klimakvoten status som et immaterielt aktiva (*intangible asset*), noe som er i tråd med synspunkt nr. 2 ovenfor som ser på helheten i systemet. Den fritar innehaveren fra en økonomisk forpliktelse, og kan realiseres som gevinst ved lavere utslipp. Kommisjonen anser ikke mottagerforetakets investeringer for å oppfylle kravene til tildeling som en tilstrekkelig motytelse til å nøytralisere denne fordelene.

Forsøker man å trekke lignende konklusjoner fra nyere praksis om allokeringsplaner finner man ingen eksplisitt gjentakelse av Kommisjonens resonnement. Der spørsmålet er berørt konstateres kun at tildelingen gir en *”economic advantage,”*<sup>79</sup> uten at dette begrunnes med eksistensen av et fremtidig marked eller sanksjonsmuligheten. Det kan derfor bare antas at den tilnærmingen Kommisjonen demonstrerer i sine tidligere

---

<sup>75</sup> Se Weishaar, jf. Kommisjonens avgjørelse N 416/2001 *United Kingdom Emission Trading Scheme* s. 9. Se også Statsstøttesag N653/1999 *CO2-kvoter*, s. 5-6.

<sup>76</sup> N550/2000 *België Groenestroomscertificaten*.

<sup>77</sup> Retningslinjene pkt. 110.

<sup>78</sup> *België Groenestroomscertificaten*, s. 10.

<sup>79</sup> Formuleringen går igjen for samtlige allokeringsplaner.



avgjørelser er den samme som er anvendt senere.<sup>80</sup> Derimot er Kommisjonens konklusjoner speilet i praksis fra ESA om allokeringsplaner.<sup>81</sup> Dette taler for at logikken er den samme.

Hvorvidt vederlagsfri tildeling av klimakvoter kvalifiserer som en økonomisk fordel i henhold til art. 61 (1) er ikke *direkte* behandlet i rettspraksis. Spørsmålet om kvotenes økonomiske verdi berøres i *Tyskland mot Kommisjonen*. Temaet i avgjørelsen var Kontrollorganene hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å ikke godkjenne *ex-post* justeringer<sup>82</sup> i allokeringsplanen. Retten kom til at justeringen var tillatt. En nedjustering av mengden vederlagsfritt tildelte kvoter ble ikke ansett å gi en fordel, men var *”to the detriment of the operator concerned because it deprives him of ‘property’ having commercial value.”*<sup>83</sup> Rettens argumentasjon er basert på at de vederlagsfrie kvotene har en økonomisk verdi for mottagerforetaket. Den rettskildemessige verdien begrenses likevel ved at avgjørelsen ikke direkte omhandler statsstøttebegrepet i art. 61 (1).

Trolig er de avgjørende momentene at tildeling av vederlagsfrie kvoter fritar fra en sanksjon, og gir mottagerforetaket et immaterielt aktiva som kan omsettes i et marked. Dette er i tråd med Kontrollorganenes praksis. I det følgende legges det til grunn at tildeling av vederlagsfrie klimakvoter gir mottagerforetak en økonomisk fordel i forhold til art. 61 (1).

## 2.4 Er tildeling av klimakvoter bruk av statsmidler?

Kriteriet om at støtten må utgjøre statsmidler er todelt. Art. 61 (1) omhandler støtte gitt *”av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form.”* En ordlydsfortolkning kan tyde på at disse grunnlagene er alternative. I

---

<sup>80</sup> Jf. Weishaar s. 148, Johnston *”Climate Policy”* nr.6/2006, s. 118.

<sup>81</sup> ESA 504/08/COL (Norges allokeringsplan for fase 2), s. 5.

<sup>82</sup> *Ex-post* justering innebærer en etterfølgende opp- eller nedjustering av kvoter basert på utslippsmålinger. Motsatsen er *ex ante* tildeling, som er basert på forventede utslipp.

<sup>83</sup> T-374/04 premiss 161.

*PreussenElektra* tas det utgangspunkt i at ordet ”eller” ikke har denne betydningen, men at formuleringen peker på to forskjellige aspekter av begrepet offentlig støtte.<sup>84</sup>

”Statsmidler” omfatter dermed to kumulative vilkår. Det må foreligge 1) bruk av *offentlige midler (state resources)* som er 2) foretatt av *staten (imputability)*.

Statsbegrepet i begge vilkår er tolket vidt. Støtte som gis av regionale instanser, offentlige foretak eller indirekte gjennom tredjemenn omfattes,<sup>85</sup> forutsatt at staten utsettes for en økonomisk byrde.<sup>86</sup> Det trenger ikke å skje en faktisk overføring av midler. Også garantier for lån og andre indirekte byrder omfattes. Derimot dekkes ifølge *PreussenElektra* ikke støtte som skriver seg fra en statlig handling, men hvor midlene i praksis stammer direkte fra andre private aktører.<sup>87</sup>

Ifølge kvotehandelsdirektivet art. 10 (1) *skal* staten dele ut 90 % av kvotene vederlagsfritt i fase 2. Bestemmelsen gir staten en implisitt rett til å fritt forvalte over 10 % av kvotene, enten ved å gi eller auksjonere dem bort. Denne tiendedelen kalles i det følgende ”frie” kvoter. Hvorvidt tildeling av klimakvoter utgjør bruk av statsmidler vil måtte drøftes separat for henholdsvis frivillig og tvungent utdelte kvoter. I tillegg må det tas stilling til hvordan utfallet av de to drøftelsene skal kombineres. Siden alle utdelte kvoter inngår i samme marked kan man ikke uten videre legge til grunn at det er mulig å skille mellom dem. Fremstillingen deles derfor inn i tre spørsmål:

1. Kan frivillig vederlagsfri tildeling av klimakvoter anses som bruk av statsmidler?
2. Kan tvungen vederlagsfri tildeling av klimakvoter anses som bruk av statsmidler?
3. Er det i praksis mulig å utelukke at tvungen utdeling av kvoter er bruk av statsmidler, forutsatt at frivillig utdeling rammes?

Det bør knyttes noen kommentarer til forholdet mellom statsmiddelkriteriet og kriteriet om erverv av en økonomisk fordel, behandlet ovenfor. Begge dreier seg om

---

<sup>84</sup> C-379/98 premiss 58.

<sup>85</sup> Hancher s. 38, C-482/99 *Frankrike mot Kommisjonen* premiss 48, C-200/97 *Ecotrade* premiss 35.

<sup>86</sup> Forente saker C-52/97, C-53/97 og C-57/94 *Viscido et. al., mot Ente Poste Italiane* premiss 13.

<sup>87</sup> C-379/98 premiss 63-65.

klimakvotens egenskap som et immaterielt aktiva og dens potensielle verdi. Kvoten kan på den ene side være av økonomisk verdi for foretaket ut fra muligheten for videresalg eller sanksjonsbesparelsen. På den annen side kan den være av verdi for staten på grunn av statens folkerettslige forpliktelser eller auksjonsmuligheten. Disse to synsvinklene er i stor grad uttrykk for den samme, underliggende verdien. En potensiell inntekt som ikke tilfaller staten må logisk sett tilfalle mottageren.<sup>88</sup> Drøftelsene vil i stor grad være overlappende. Forskjellen er at fokuset er forskjøvet, fra mottageren som privat part og over til staten som står for utdelingen.

#### 2.4.1 Er frivillig vederlagsfri tildeling av klimakvoter bruk av statsmidler?

Det er på det rene at en frivillig avgjørelse om å dele ut kvoter utgjør en tildeling foretatt *av staten* (*imputability*). Problemstillingen er om en frivillig vederlagsfri tildeling av kvoter kvalifiseres som en anvendelse av *offentlige midler* (*state resources*). Dette er det første av de to kumulative vilkårene for at det foreligger offentlig støtte.

Utgangspunktet i praksis og litteraturen er at statsstøtte kan foreligge når kvoter deles ut vederlagsfritt eller til underpris, og utdelingen ikke skyldes en rettslig forpliktelse.<sup>89</sup> I ESAs vurdering av Norges allokeringsplan uttales det at "*allocation by Norway of allowances free of charge to certain installations could involve State aid, irrespective of the percentage allocated.*"<sup>90</sup> Tilsvarende følger av Kommisjonens praksis: "*The allocation of allowances for free appears to be imputable to the Member States and to entail the use of State resources to the extent that more than 90 % of allowances are given for free.*"<sup>91</sup> Sitatet går igjen i Kommisjonens avgjørelser, senest under vurderingen av Estonias allokeringsplan i 2009.

Et helt sentralt moment er at staten ved vederlagsfri tildeling av kvoter eller tildeling til underpris går glipp av en potensiell auksjonsinntekt, det såkalte *revenue foregone*-synspunktet. Det er satt likhetstegn mellom fraværet av den potensielle inntekten og en

---

<sup>88</sup> Weishaar, s. 35.

<sup>89</sup> Alterskjær, s. 199.

<sup>90</sup> ESA504/08/COL s. 5.

<sup>91</sup> Se C/2006/5609final s. 11.

faktisk utgift. Dersom en reduksjon i statens inntekter ikke skulle omfattes av statsstøttereglene ville dette åpne for en betydelig uthuling av regelverket. Denne fremgangsmåten ble anvendt i avgjørelsene om Danmarks og Storbritannia kvotesystemer før innføringen av ETS:<sup>92</sup>

*”Staten forærer således elproducenterne et immaterialt aktiv, som de kan sælge på et fremtidig marked. At der overhodet vil være et marked er tegn på, at det tildelte aktiv har en værdi.”<sup>93</sup> (...) Ved den planlagte ordning går staten glip af indtægter, som den kunne have fået ved at sælge udledningstilladelserne ved auktion. Under disse omstændigheder og i betragtning af de indtægter, som staten går glip af, må foranstaltningerne betragtes som støtte, der ydes af en medlemsstat eller ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form.”<sup>94</sup>*

Miljøretningslinjene pkt. 139 (1) fastslår at det foreligger statsstøtte der *”allowances are granted for less than their market value.”* Logikken er igjen at det er offentlige midler fordi vederlagsfri tildeling ikke realiserer kvotenes potensielle verdi for staten.

Det er fire prinsipielle hovedargumenter *mot* at å sette likhetstegn mellom en inntektsreduksjon og offentlige midler. For det første kan man se på statens økonomi ut fra en nettobetraktning. Det er en vesensforskjell mellom på den ene siden en reduksjon i midler og på den annen side fraværet av en økning i midler. Den potensielle inntekten er ikke en fordring staten kan disponere over fritt, noe som svekker grunnlaget for å anse den som statsmidler. For det andre er klimakvotenes verdi avledet fra den private etterspørselen for dem. Dermed kan det bli kunstig å se klimakvotene som offentlige midler, fremfor en ren markeds mekanisme der staten bare er en tilrettelegger.<sup>95</sup> For det tredje kan man prinsipielt si at *valget* om å ikke benytte seg av en inntjeningsmulighet, dvs. valget om å ikke auksjonere bort kvotene, ikke er nok til å statuere en bruk av offentlige midler. For det fjerde er Kontrollorganenes argumentasjon i stor grad basert

---

<sup>92</sup> Kommisjonen i N416/2001 – *United Kingdom Emission trading scheme*, se Hancher s. 540.

<sup>93</sup> Dette er samme argumentasjon som under drøftelsen av tildelingens økonomiske verdi.

<sup>94</sup> Statsstøttesag N653/1999 *CO2-kvoter*. EC-registeret er under omlegging og dokumentet utilgjengelig. Sitatet er hentet hos Alterskjær s. 199 (min utheving).

<sup>95</sup> Lorenz, s. 401.

på sirkelargumentasjon. Klimakvotene anses å ha verdi for mottageren fordi avgiveren har gitt avkall på en inntekt. Verdien for mottageren brukes så som argument for at det er gitt avkall på en inntekt. Det kan reises spørsmål om Kontrollorganene egentlig har tatt stilling til det fundamentale spørsmålet om kvotens selvstendige økonomiske verdi.

Disse argumentene svekker *revenue foregone*-synspunktet, men uthuler det ikke fullstendig. Situasjonen er fremdeles at staten trolig sitter igjen med mindre inntekter enn den ville hatt dersom den hadde brukt auksjonsmuligheten. At statens inntektsmuligheter er det sentrale momentet styrkes av de samme argumentene som er anført for å anse klimakvoter som en økonomisk fordel.

Kontrollorganene hevder konsekvent at "*the aspects of imputability and State resources are further strengthened in the second trading period with the participation as of 2008 in international emissions trading (...)*".<sup>96</sup> Tildelingskriterier kan indirekte øke statenes økonomiske forpliktelser. En endring i insentivene for å redusere utslipp vil kunne påvirke totale utslipp. Eventuelle overskuddskvoter kan selges til andre stater i form av mellomstatlige kvote.<sup>97</sup> Eventuelle kvoteunderskudd kan kompenseres for ved å kjøpe kvoter av andre stater, eller ved å anvende Kyotos mekanismer for felles gjennomføring og utviklingsprosjekter.<sup>98</sup> Denne valgfriheten øker statens fleksibilitet innen ETS, og styrker kvotenes karakter av offentlige midler.

Trolig må *revenue foregone*-synspunktet anses som utslagsgivende. En frivillig utdeling av kvoter som trår i stedet for en inntektsbringende auksjon vil etter dette kvalifisere som bruk av offentlige midler.

#### 2.4.2 Er tvungen vederlagsfri tildeling av klimakvoter bruk av statsmidler?

Ifølge direktivet art. 10 (1) *skal* staten dele ut 90 % av kvotene vederlagsfritt. Staten har således ingen valgfrihet i om denne vederlagsfrie utdelingen skal skje.

---

<sup>96</sup> ESA 504/08/COL s. 5, C/2006/5609final s. 11.

<sup>97</sup> Såkalte AAUs, jf. fotnote 6.

<sup>98</sup> Jf. Kyoto art. 12 *Joint Implementation*, art. 6 *Clean Development Mechanisms*.

Problemstillingen er om en slik tvungen utdeling er foretatt *av staten*. Dette er det andre av de to kumulative vilkårene for om det foreligger offentlig støtte.

I saken om *Deutsche Bahn* er kravet til statens rolle uttrykt slik:

*”( Art. 107) thus refers to the decisions of Member States by which (...) they give, by unilateral and autonomous decisions, resources to undertakings or other persons or procure for them advantages intended to encourage the attainment of the economic or social objectives sought.*”<sup>99</sup>

En naturlig forståelse både av ordlyden i kravet og rettspraksis tilsier at det må en aktiv handling til. Man må kunne spore tildelingsbeslutningen tilbake til en statlig instans.<sup>100</sup> Direktivet og art. 10 om tildelingsplikten er utarbeidet av Europaparlamentet og Rådet. Det er i praksis ikke mulig å spore den faktiske avgjørelsen om å dele ut kvotene vederlagsfritt tilbake til medlemsstatene. Den har sitt opphav i supranasjonale institusjoner. Utgangspunktet etter ordlyden og i rettslitteraturen er at tvungen tildeling av klimakvoter ikke kan kvalifisere som anvendelse av statsmidler.<sup>101</sup> Spørsmålet er så om det foreligger momenter som endrer ved dette utgangspunktet.

Kommisjonen uttrykte mening er at hele allokeringsplanen uansett kan utgjøre statsstøtte, men synet er fremsatt i et ”Non-Paper”<sup>102</sup> og har lav rettskildemessig vekt. Et prinsipielt argument for å anse tvungen tildeling som bruk av offentlige midler kunne være at direktivet pålegger deltagerne å dele ut en viss andel av kvotene vederlagsfritt uten å detaljbestemme *hvordan* de fordeles. Ut fra det grunnleggende hensynet om å sikre at statsstøttereglene får reell betydning vil det være aktuelt å la dem komme til anvendelse. Til dette kan det innvendes at staten ved gjennomføring av et direktiv

---

<sup>99</sup> T-351/02 *Deutsche Bahn AG mot Kommisjonen* premiss 100, Sak 61/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denavit italiana*, premiss 31 (min utheving).

<sup>100</sup> C-482/99 *Stardust Marine* premiss 52-56. Kontrollorganene behøver ikke å påvise en faktisk beslutning, men det må foreligge indikatorer på at påvirkning har funnet sted, Hancher s. 45 flg.

<sup>101</sup> Se Merola/Grichlow s. 35: *it is hardly defensible that companies (...) are given a State unilateral advantage.*” Se også Alterskjær s. 199, Weishaar s. 165 og Frenz, s. 210.

<sup>102</sup> Se fotnote 49.

uansett må respektere EØS-avtalens overordnede prinsipper og regler.

Kvotehandelsdirektivet hjemler ingen fravikelse av de alminnelige statsstøttereglene.

Uansett medfører direktivets spesifiserte krav til allokeringsplanen i praksis at statsstøttereglene neppe kan uthules helt, jf. art. 9 (1) og Annex III.

Inntil videre legges til grunn at reelle hensyn og uttalelser fra Kontrollorganene ikke kan endre ved den forståelsen av direktivets art. 10 (1) som følger av ordlyden. En tvungen vederlagsfri tildeling av klimakvoter kan ikke på selvstendig grunnlag regnes som foretatt *av staten*.

Det kan reises spørsmål om man ved å frata Kontrollorganene muligheten for å kontrollere tvungen tildeling åpner for at statene *fordeler* kvotene på en måte som virker konkurransevridende. Spørsmålet danner del av bakgrunnen for drøftelsene i det følgende.

#### 2.4.3 Hva er konsekvensene av at frivillig utdeling rammes for tvungen utdeling?

Problemstillingen er så om kategoriseringen av frivillig utdelte kvoter som offentlige midler gjør at man er nødt til å anlegge samme perspektiv på samtlige kvoter.

Rettsvirkningen er at den statsstøtterettslige vurderingen av 10 % av kvotene automatisk utvides til de resterende 90%.

Kommisjonen har hevdet at hele allokeringsplaner vil kunne utgjøre statsstøtte som følge av at noen kvoter er frivillig utdelt.<sup>103</sup> Systemhensyn støtter Kommisjonens standpunkt. Et marked med rettslig identiske kvoter som henholdsvis oppfyller og ikke oppfyller vilkårene for statsstøtte vil gi dårlig forutsigbarhet og kontinuitet.

Weishaar mener at praktiske hensyn fremtvinger en anvendelse av statsstøttereglene på samtlige kvoter:

---

<sup>103</sup> Brev datert 17.03.2004 – HNV C2/PV/amh/D(2004)420149, s. 3.

*”Since in practice it is not discernable which emission allowances are derived from the permissible 95% and which from the questionable excess amount of allowances, all proposals containing such allocations have to be adjudged to contain aid granted through Member state resources.”<sup>104</sup>*

Et grunnleggende spørsmål her er om det faktisk er mulig å skille mellom frivillig og tvungent utdelte kvoter. Spørsmålet kan vanskelig gis et endelig svar, men et utgangspunkt er at kvotenes forskjellige opphav ikke påvirker dem som rettslige instrumenter. Rettslig sett er de identiske, jf. kvotehandelsdirektivet art. 6. Forutsatt at man *kan* skille mellom kvotene ville forskjellen på kvotene føre til forskjellsbehandling ut fra at enkelte foretak ville motta frie kvoter, mens andre er underlagt statsstøtteregele. Rettsteknisk er dette et lite heldig utfall. Forutsatt at man *ikke* kan skille mellom dem risikerer man en situasjon hvor statsstøtteregele ikke får anvendelse på tvungent utdelte kvoter, samtidig som man ikke er i stand til å isolere de frivillig utdelte kvotene. Det blir da umulig å håndheve statsstøtteregele i tråd med direktivets forutsetning, jf. fortalens avsnitt 7, art. 11 (3) og Annex III vilkår 5. Også hovedmålsetningen om utslippsreduksjon vil settes i fare. Dette er også svært uheldig fra et statsstøtteperspektiv.

Skal man fastholde at frivillig utdelte kvoter utgjør offentlige midler, må man trolig av ren nødvendighet anlegge samme perspektiv på samtlige kvoter. Det legges etter dette til grunn at all vederlagsfri tildeling av kvoter i fase 2, frivillig og tvungen, er foretatt *av staten* i henhold til art. 61 (1). Trolig gjelder dette uansett om staten auksjonerer bort flere av de frie kvotene, så lenge enkelte frie kvoter deles ut vederlagsfritt.

Kontrollorganenes anvendelse av statsstøtteregele er kun betinget av at staten deler ut *flere enn 90% av kvotene vederlagsfritt.*<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Weishaar s. 165. Se også Merola/Grichlow s. 36.

<sup>105</sup> Se eksempelvis C/2006/5609final s. 11. En slik kategorisk slutning åpner for at store mengder kvoter underlegges statsstøtteregele, selv om svært få av dem isolert sett oppfyller vilkårene i art. 61 (1). Systemhensyn taler for at et slikt resultat må aksepteres.



#### 2.4.4 Statsmiddelkriteriet ved auksjonering av de frie kvotene

Det kan også tenkes at en stat velger å auksjonere bort alle sine frie kvoter. Bruken av auksjonsmuligheten er i seg selv positivt i forhold til formålet bak ETS, men følgen av de ovennevnte konklusjonene er da at staten skjermes fullstendig fra statsstøttereglene. Grunnlaget i praksis for å anvende statsstøttereglene på *tvungent* utdelte kvoter er at det finnes *frivillig* utdelte kvoter som nødvendigvis må rammes av reglene. Kontrollorganenes slutninger synes ikke å dekke en situasjon hvor staten velger auksjonsmuligheten:

*”The allocation of allowances for free appears to be imputable to the Member State and to entail the use of State resources to the extent that more than 90 % of allowances are given for free.”<sup>106</sup>*

I fraværet av frivillige kvoter kan man ikke lenger ”overføre” statsstøttesynspunktet fra den frivillige utdelingen av kvoter til den tvungne. Samtidig kan man ikke på selvstendig grunnlag betegne *tvungent* utdelte kvoter som statsstøtte. Auksjonering til markedspris kan som nevnt ikke betegnes som utdeling av statsstøtte. Dermed er det ingen rettslig basis lenger for å si at tildelingen er foretatt *av staten*.

Trolig vil Kontrollorganene i tråd med deres tidligere uttalte rettsoppfatning anvende statsstøttereglene uansett. Resultatet av slutningene i dette kapittelet er at en slik anvendelse utgjør en utvidelse av statsstøttebegrepet i art. 61 (1) som mangler rettskildemessig støtte.

#### 2.4.5 EØS-landenes særstilling

Det er som vist visse rettsvirkninger knyttet til at det foreligger en plikt til vederlagsfri tildeling av kvoter. Norge er ikke som EU-statene bundet til å dele ut kvoter vederlagsfritt. Direktivet art. 10 nevner kun ”*Member states.*” I gjennomføringsavgjørelsen til EØS-komiteen presiseres det at ”*each EFTA state may allocate a greater percentage of its allowances against payment than any limitation*

---

<sup>106</sup> C/2006/5609final s. 11 (min utheving). Denne standardformuleringen går igjen i samtlige avgjørelser.

*established under article 10*".<sup>107</sup> Problemstillingen er om denne særstillingen påvirker vurderingen av om tildelingen er foretatt *av staten*.

Utgangspunktet for spørsmålet er at en tvungen tildeling av kvoter ikke på selvstendig grunnlag kan regnes om foretatt *av staten*. Fordi Norge mangler en tilsvarende plikt til å dele ut kvoter vederlagsfritt vil grunnlaget for å *ikke* anvende statsstøttereglene falle bort. Resultatet vil være at all utdeling av kvoter i Norge rammes av statsstøttereglene, mens kun frivillig utdeling rammes i EU-statene. Trolig er det ikke meningen at EØS-landene skal utsettes for et strengere kontrollregime enn EU-statene. Det er da mer nærliggende å se hen til harmoniserings- og forenlighetssynspunkter.

Gjennomføringsavtalen gir ikke grunnlag for å si at statsstøttespørsmålet skal vurderes annerledes. Lovteknisk er det rimelig å anta at en så viktig forskjell ville hatt solid rettslig forankring, særlig når de statsstøtterettslige bestemmelsen i EØS-avtalen speiler EU-traktatene. Uten fastere holdepunkter er det dermed ikke grunn til å anta at den rettslige bedømmelsen av tildelte kvoter i Norge skal skille seg fra bedømmelsen hos medlemsstatene.<sup>108</sup>

## 2.5 Selektivitetskriteriet

### 2.5.1 Rettslig innhold

Selektivitetskriteriet avgrenser statsstøttereglene mot tiltak som ikke gir mottager noen relativ fordel, eksempelvis ved endringer i skattesatser.<sup>109</sup> Kriteriet rommer både en vurdering av om støttens mottagere er i samme faktiske situasjon, og om selve tiltaket virker diskriminerende. Tiltak som verken har som målsetning å favorisere enkeltforetak, eller har den effekten, anses ikke å utgjøre statsstøtte. En implisitt favoriserende effekt kan anses å foreligge der utdelingen av støtte styres av subjektive kriterier.<sup>110</sup> En favorisering anses ikke å oppfylle selektivitetskriteriet dersom den er et

---

<sup>107</sup> EEACom146/2007 art. 1(2) bokstav e.

<sup>108</sup> Alterskjær, s. 199

<sup>109</sup> C-200/97 *Ecotrade* premiss 36.

<sup>110</sup> C-241/94 *Frankrike mot Kommisjonen* premiss 23, 24.

utslag av den valgte systematikken eller er nødvendig for at tildelingsordningen skal fungere.<sup>111</sup>

*”(A) measure which, although conferring an advantage on its recipient, is justified by the nature or general scheme of the system of which it is part does not fulfil that condition of selectivity.”*<sup>112</sup>

Motsatt vil et tiltak som avviker markant fra systematikken i lovgivningen ellers og ikke kan begrunnes i foretakets særstilling ofte oppfylle selektivitetskriteriet.<sup>113</sup>

Utgangspunktet etter rettspraksis er at det ikke stilles høye krav til en favoriserende effekt.<sup>114</sup>

Problemstillingen ved behandlingen av selektivitetskriteriet blir todelt. Først drøftes det om selektivitetskriteriet kan anses oppfylt i kraft av at kvotehandelsdirektivet har begrenset rekkevidde. Rettsvirkningen vil i så fall være at selektivitetskriteriet alltid er oppfylt ved vederlagsfri tildeling av kvoter. For det andre reises det spørsmål om kriteriet rommer et krav om aktiv forskjellsbehandling fra statens side.

## 2.5.2 Betydningen av rekkevidden til direktiv 2003/87/EC

Direktivet omfatter kun utslippsproduserende foretak, jf. art. 2 nr. 1 jf. Annex I. Problemstillingen er om selektivitetskriteriet må regnes som oppfylt på grunn av begrensningene i direktivets rekkevidde.

Kontrollorganene har i sin vurdering av nasjonale allokeringsplaner konsekvent lagt til grunn at direktivet dermed presumptivt favoriserer *”certain undertakings or the production of certain goods.”*<sup>115</sup> Før innføringen av ETS vurderte Kommisjonen en

---

<sup>111</sup> Weishaar s. 149 og Bacon s. 59.

<sup>112</sup> Sak 173/73 *Italia mot Kommisjonen*, premiss 33, gjengitt i C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GmbH* premiss 42.

<sup>113</sup> Sml. Sejersted s. 605.

<sup>114</sup> C-143/99 *Adria-Wien* premiss 43-56, Hancher s. 55.

<sup>115</sup> Se Com29.11.2006 Tyskland s. 11.

dansk ordning med tildeling av kvoter til foretak i strømsektoren.<sup>116</sup> Også der ble det lagt til grunn at selektivitetskriteriet var oppfylt. Det er illustrerende at selektivitetskriteriet ikke ble underlagt en selvstendig drøftelse. Ut fra eksistensen av en økonomisk fordel presumerte Kommisjonen at kriteriet var oppfylt.<sup>117</sup> Den danske ordningen hadde et mer begrenset nedslagsfelt enn ETS, men avgjørelsen bekrefter at terskelen for selektivitetskriteriet er lav.

Spørsmålet har ikke vært gjenstand for en domstolsavgjørelse, men ECJ har vurdert andre støttetiltak som rammer et stort antall foretak, eller er sektorovergripende. Domstolen har lagt til grunn at dette ikke *i seg selv* utelukker at selektivitetskriteriet kan anses oppfylt.<sup>118</sup> Videre har Retten lagt til grunn at kriteriet er oppfylt selv der støtten deles ut etter objektive kriterier, og til et ubegrenset antall mottagere.<sup>119</sup> Domstolene har dermed ikke utelukket at ETS på tross av sitt brede nedslagsfelt virker selektivt, men avgjørelsene er heller ikke noe sterkt argument for at kriteriet er oppfylt.

I rettsteorien hevdes det at selektivitetskriteriet ikke er oppfylt. Synspunktet er basert på systemets utforming.<sup>120</sup> Direktivet fastlegger selv rekkevidden av kvoteplikten, jf. Annex I. Statene kan ikke gi klimakvoter til noen utenfor dette området, og antas dermed ikke å kunne opptre selektivt.<sup>121</sup> Dette argumentet tar likevel ikke høyde for at vederlagsfri tildeling kan ramme ulike foretak forskjellig ut fra deres muligheter til å tilpasse produksjonen og redusere utslipp.<sup>122</sup>

Videre kan man hevde at selektivitetskriteriet med et slikt nedslagsfelt vil miste mye av sin selvstendige betydning. Dette gjelder særlig hvis direktivets rekkevidde utvides, jf. art. 30 nr.1. Det bør likevel utvises forsiktighet i å tolke inn begrensninger i

---

<sup>116</sup> Statsstøttesag N653/1999 *CO2-kvoter*, s. 5-6.

<sup>117</sup> Merola/Grichlow s. 39.

<sup>118</sup> C-172/03 *Heiser* premiss 42.

<sup>119</sup> Se T-55/99 *CETM mot Kommisjonen* premiss 40.

<sup>120</sup> Lorenz, s. 401

<sup>121</sup> Merola/Grichlow, s. 34-36.

<sup>122</sup> Johnston, s. 119.

statsstøtteregeles rekkevidde av hensyn til selektivitetskriteriets selvstendige betydning.

Samlet sett er det flere svakheter ved Kontrollorganenes argumentasjon, men disse svakhetene er ikke alvorlige nok til at argumentasjonen mister all gyldighet. Trolig må det igjen ses hen til det grunnleggende utgangspunktet, at det skal svært lite til før selektivitetskriteriet er oppfylt, selv om kriteriet er nær ved å miste alt innhold. Man må trolig basere seg på Kontrollorganenes praksis og anta at selektivitetskriteriet presumptivt er oppfylt på grunn av begrensningene i direktivets rekkevidde.

### 2.5.3 Krav om forskjellsbehandling

I lys av innvendingene over knytter flere rettsteoretikere oppfyllelsen av selektivitetskriteriet til hvordan ETS er gjennomført *i den enkelte stat*, nærmere bestemt om tildelingskriteriene differensierer mellom foretak.<sup>123</sup> Dette er en naturlig følge av påstanden om at staten mangler evnen til å påvirke rekkevidden av ETS:

*”It could be argued more restrictively that a NAP grants a selective advantage only in case it treats different groups of the trading population in a different manner which is not justified by the nature and internal logic of the emission trading system.”*<sup>124</sup>

Problemstillingen er om det er rettslig grunnlag for å kreve en forskjellsbehandling i tildelingskriteriene for at selektivitetskriteriet skal være oppfylt.

Hovedargumentene *for* et slikt syn kan utledes av drøftelsen over om selektivitetskriteriet, og da særlig at man vil frata det mye av dets substans. Hovedargumentet *mot* å begrense oppfyllelsen av selektivitetskriteriet til forskjellsbehandling er at man da beveger seg inn på området for unntaksbestemmelsen i art. 61 (3) c. Resultatet blir at selektivitetskriteriet får en utvidet rolle. Dersom det først er oppfylt vil man automatisk føres inn i en vurdering av hvorvidt

---

<sup>123</sup> Lorenz, s. 400, Merola/Grichlow s. 25.

<sup>124</sup> Hancher s. 543.

forskjellsbehandlingen kan rettferdiggjøres. Formuleringen til Hancher, jf. ”*justified by the nature and internal logic of the emission trading system*” ligner også den som anvendes i Retningslinjene art. 140 (1) bokstav c, som omhandler unntaket i art. 61 (3). Oppfatningen i rettslitteraturen bærer preg av å være gitt før Miljøretningslinjene ble utformet. Det rettskildemessige grunnlaget for kravet om forskjellsbehandling er nå betydelig svekket.

Etter dette legges det til grunn at det ikke er nok støtte i ordlyden i art. 61 (1) eller praksis til å kreve en forskjellsbehandling for at selektivitetskriteriet skal være oppfylt.

## 2.6 Oppsummering

Av de seks kumulative vilkårene for å påvise statsstøtte etter art. 61 (1) er det kun kravet om en økonomisk fordel, statsmiddelkriteriet og selektivitetskriteriet som volder særlig tvil.

Både praksis og prinsipielle hensyn taler for at tildeling av klimakvoter gir en økonomisk fordel. Hva gjelder statsmiddelkriteriet utgjør trolig frivillig tildeling av kvoter bruk av offentlige midler ut fra et *revenue foregone* synspunkt. For tvungen tildeling vil det være problematisk å betegne tildelingen som en handling foretatt *av staten*. Der en del av kvotene deles ut frivillig er statsstøttesynspunktet av nødvendighet anlagt på samtlige kvoter. En anvendelse av statsstøttereglene der staten velger å auksjonere bort sine frie kvotene synes å mangle rettslig grunnlag. Selektivitetskriteriet vil i alle tilfeller være oppfylt, uavhengig av om tildelingskriteriene differensierer mellom foretak. Slik differensiering må eventuelt vurderes opp mot unntaksregelen i art. 61 (3).

Utgangspunktet for drøftelsene i *punkt 3, 4 og 5* under er at tildeling av klimakvoter kvalifiserer som statsstøtte i henhold til art. 61 (1).

### 3 Lovlighetskontrollen – Rettslig grunnlag

Påvist statsstøtte må godkjennes for å være lovlig, jf. EØS-avtalen art. 61 (3) og art. 107 (3) TFEU. Det er to aktuelle alternativer i art. 61 (3); art. 61 (3) bokstav b og art. 61 (3) bokstav c.<sup>125</sup> Senere praksis har dreid mot anvendelsen av bokstav c, og denne praksisen er kodifisert i Miljøretningslinjene. I fortalen avsnitt 12 fastslås det at miljøstøtte primært skal godkjennes på grunnlag av bokstav c. Pkt. 140 (1) om tildeling av klimakvoter henviser spesifikt til bokstav c. Etter dette legges det til grunn at hjemmelen for å godkjenne nasjonale allokeringsplaner er art. 61(3) bokstav c, som lyder slik:<sup>126</sup>

*”Som forenlig med denne avtales funksjon kan anses: c) støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser.”*

Temaet i *punkt 4* er vilkårene for at vederlagsfri tildeling av klimakvoter kan godkjennes. Før den materielle behandlingen er det likevel nødvendig å drøfte Kontrollorganenes rettslige grunnlag for kontroll av tildelingskriterier. Statenes frihet til å utforme tildelingskriterier vil indirekte være avhengig av den kompetansefordelingen ETS forutsetter mellom dem og Kontrollorganene. Innledningsvis kan det nevnes at Norges rett til å dele ut statsstøtte *prinsipielt* sett er et nasjonalt anliggende.<sup>127</sup> Slik behandlingen i det følgende vil vise er dette utgangspunktet likevel ikke helt avgjørende ved den praktiske gjennomføringen av ETS.

Det at ETS er innført ved bruk av direktiv har egne rettsvirkninger. Et direktiv skaper bindende materielle målsetninger, samtidig som den internrettslige gjennomføringen er

---

<sup>125</sup> Art. 61 (3) a gjelder geografisk forskjellsbehandling og er ikke relevant. Bokstav b åpner for høyere støtteintensitet og en modifisert proporsjonalitetsvurdering, jf. Retningslinjene pkt. 147 og Merola/Grichlow s. 47.

<sup>126</sup> Standpunktet er ikke helt ukontroversielt. For et annet synspunkt se Hancher s. 115 og Merola/Grichlow s. 47.

<sup>127</sup> I EU er kompetansen på miljøområdet delt mellom medlemsstatene og Unionen, jf. art. 4 (2) bokstav e TFEU.

overlatt adressaten.<sup>128</sup> Staten som implementerer direktivet skal i teorien ha adskillig frihet, jf. presumsjonen i *Tyskland mot Kommisjonen*:

*”(Kommisjonen) has the burden of proving the extent to which the powers of the Member State and, therefore, its freedom of action, are limited (...). ”*<sup>129</sup>

I praksis er likevel statens frihet ved gjennomføringen av direktivet avhengig av hvor detaljerte føringer direktivet gir.

### 3.1 Kontrollorganenes kompetanse

Kontrollorganene har ingen kompetanse utenom den kompetansen de er tildelt av EØS-avtalen eller EU-traktatene.<sup>130</sup> Deres oppgave på statsstøtteområdet er å kontrollere at nasjonale myndigheter overholder sine traktatrettslige forpliktelser, jf. EØS-avtalen art. 108 nr. 1 og art. 258 TFEU, og dermed sikre at EØS-avtalen *”virker etter sin hensikt,”* jf. ODA art. 5 nr. 1. Deres kontrollfunksjonen er særlig sterk på statsstøtteområdet.<sup>131</sup>

Kontrollorganenes kompetanse til å godkjenne statsstøtte følger av ODA protokoll 3 del 1 art. 1(2) og art. 108 (2) TFEU. Direktivets art. 9 (3) gir en særskilt hjemmel for å vurdere nasjonale allokeringsplaner. Både kompetansen til å avslå allokeringsplaner etter direktivets art. 9 (3) og kompetansen til å godkjenne statsstøtte etter EØS-avtalens art. 61 (3) er fakultativ. Skjønnnet er i stor grad bundet opp av bestemmelsens ordlyd, praksis, domstolene og Kontrollorganenes egne retningslinjer.

Det er to mulige aspekter av nasjonale allokeringsplaner Kontrollorganene kan vurdere. Disse er 1) det totale antallet kvoter som deles ut, og 2) hvordan kvotene fordeles. I tillegg må Kontrollorganene forutsetningsvis ta stilling til om tildelingen i det hele tatt utgjør statsstøtte, jf. art. 61 (1). Kvotehandelsdirektivet art. 11 (2) gir staten eksklusiv

---

<sup>128</sup> EØS-avtalen art. 7 (1) bokstav b, art. 288 TFEU, jf. C-40/04 *Yonemoto* premiss 58.

<sup>129</sup> T-374/04 premiss 78-81.

<sup>130</sup> I EU betegnet som *conferral-prinsippet*, sml. art. 5 nr. 1 TEU. Kommisjonens myndighet begrenses til de områdene hvor fellesskapet er best egnet til å løse oppgaven, jf. *nærhetsprinsippet* i art. 5 nr. 3 TEU.

<sup>131</sup> Jf. ODA art. 24 jf. protokoll 3 del 1, art. 108 TFEU.



kompetanse til å fastlegge antallet tildelte kvoter, så lenge man oppnår den nødvendige utslippsreduksjonen, jf. Annex III. Direktivet gir ikke Kommisjonen hjemmel til å sette et tak for tildelingsmengden.<sup>132</sup> Dermed står man igjen med alternativ 2.

Kontrollorganenes innsigelser knytter seg til om de tildelte kvotene *fordeles* på en måte som er uforenlig med EØS-statenes interesser. ESA formulerer det slik:

*”What the Authority must assess is whether the national plan distributes the allowances in a manner that does not unduly discriminate.”*<sup>133</sup>

### 3.1.1 Gir direktiv 2003/87/EC art. 9 (3) en godkjenningshjemmel?

Det er ved den preliminnære undersøkelsen av allokeringsplaner etter kvotehandelsdirektivet art. 9 (3) man i praksis har søkt å legge føringer for statene. Art. 9 (3) lyder:

*”Within three months of notification of a national allocation plan (...), the Commission may reject that plan, or any aspect thereof, on the basis that it is incompatible with the criteria listed in Annex III or with Article 10.”*

Problemstillingen er først om adgangen til å avslå (*”reject”*) allokeringsplaner gir Kontrollorganene en implisitt godkjenningshjemmel i tråd med den som foreligger i art. 61 (3), jf. ODA protokoll 3 del 1 art. 1 (2).

Begrepet ”avslå” rommer objektivt sett neppe en godkjenningskompetanse. Ordlyden må også ses i sammenheng med svarfristen på 3 måneder. Samlet sett fremstår kontrollfunksjons rekkevidde som begrenset.<sup>134</sup> Går man videre til praksis ser man at Kontrollorganene har valgt å formulere seg forsiktig: *”(...) the Authority cannot exclude that the plan could potentially constitute State aid pursuant to Article 61(1) of the EEA*

---

<sup>132</sup> T-183/07 *Tyskland mot Kommisjonen* premiss 132. Saken er anket (C-504/09 P).

<sup>133</sup> ESA 504/08/COL s.3.

<sup>134</sup> T-387/04 *EnBW Energie Baden-Württemberg AG mot Kommisjonen* premiss 104.

*Agreement.*”<sup>135</sup> ESA viker tilbake både for å konstatere at det foreligger statsstøtte, og at denne støtten ikke vil bli godkjent i forhold til art. 61 (3).

Dermed gir ikke vedtakene noen endelig avgjørelse av de statsstøtterettslige spørsmålene. I *EnBW* skiller Retten mellom vedtakets formelle og faktiske egenskaper: ”(...) *from a purely formal point of view, and independently of its real substantive scope, the contested decision is based solely on Article 9 (3).*” Retten fortsetter med å si at det er en ”*fundamental distinction*” mellom art. 9 (3) og en godkjenning etter art. 61(3).<sup>136</sup> Basert på denne dommen og annen praksis ble det i *Polen mot Kommisjonen* fastslått at kompetansen i art. 9 (3) ikke kunne strekke seg lenger enn til en vurdering av om direktivets krav var oppfylt.<sup>137</sup>

Art. 9 (3) vil likevel påvirke statenes stilling i praksis. Ved et begrunnet avslag innenfor 3-måneders fristen vil ikke allokeringsplanen kunne gjennomføres etter sitt innhold, jf. direktivet art. 11 (1) og (2).<sup>138</sup> Motsatsen til dette må logisk sett være at et manglende avslag eller tilbakemelding tillater gjennomføringen av allokeringsplanen. Slik Retten uttaler i *EnBW*: ”(T)he mere expiry of the three-month time-limit permits, in principle, the Member State to put the NAP into effect in the form notified.”<sup>139</sup> Fra dette sluttes det at ”the NAP as notified becomes definitive and enjoys a presumption of legality.” Som rettsvirkninger av et manglende avslag etter art. 9 (3) oppstilles dermed 1) en igangsettelsesrett og 2) en lovlighetspresumsjon. Samtidig presiseres det at ingen av disse rettsvirkningene gir staten nye rettigheter hva gjelder allokeringsplanens lovlighet:

”...(T)he mere fact that the procedure for reviewing NAPs constitutes a prior review does not imply that the procedure must lead to a decision creating rights in regard to the lawfulness of the measures notified (...).”<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> ESA 504/08/COL s. 15.

<sup>136</sup> T-387/04 *EnBW* premiss 100 og 113.

<sup>137</sup> T-183/07 premiss 36.

<sup>138</sup> Art. 108 (3) TFEU og ODA Protokoll 3 del 1 art. 1 (3) er alminnelige ”standstill”-klausuler for perioden når statsstøtteordningen er til vurdering, jf. Rådsforordning Nr.659/1999 art. 3.

<sup>139</sup> T-387/04 *EnBW* premiss 111.

<sup>140</sup> Ibid, premiss 112 (min utheving).

Hvis avgjørelsen hadde konsekvenser for støttens lovlighet ville det i praksis tilsvare en godkjenningshjemmel. En vurdering som konkluderer med at godkjenning etter art. 61 (3) ikke er nødvendig bør logisk sett ikke få lignende rettsvirkninger som en godkjenning. Videre, dersom bestemmelsen skulle inneholde en godkjenningshjemmel ville denne overlappe med art. 61 (3) og samtidig være underlagt strenge begrensninger. I praksis ville det bety at kompetansen Kontrollorganene er tillagt etter traktatene ble begrenset. En slik forståelse av direktivet strider mot EØS-avtalen som overordnet norm.

Art. 9 (3) gir etter dette ingen godkjenningshjemmel.

### 3.1.2 Forholdet mellom art. 9 (3) og EØS-avtalen art. 61 (3)

Problemstillingen er så hvordan en behandling etter art. 9 (3) forholder seg til EØS-avtalen art. 61 (3). Utgangspunktet er at direktivet ikke påvirker organenes generelle statsstøtterettslige kompetanse.<sup>141</sup> De to kompetansegrunnlagene må holdes separat. Kommisjonen har uttalt følgende:

*”The Commission intends to take at the same time the two decisions legally required on the Plan as regards the assessment as required in the common position and the State aid assessment.”*<sup>142</sup>

Kommisjonen legger her til grunn at begge bestemmelser må anvendes for at en tildeling av klimakvoter skal godkjennes. Et vesentlig poeng i denne sammenheng er at praksis ikke bærer noen tegn på en slik dobbel vurdering.<sup>143</sup> Når en allokeringsplan først godkjennes i henhold til art. 9 (3) foretas ingen formell, separat godkjennelse i henhold til art. 61 (3). Som nevnt i *punkt 3.1.1* berøres det materielle spørsmålet om godkjenning kun på hypotetisk grunnlag. Ved å konkludere med at støtten *potensielt*

---

<sup>141</sup> Ibid. premiss 106.

<sup>142</sup> Se fotnote 49.

<sup>143</sup> Se Johnston s. 118.

ikke kan godkjennes signaliserer de nettopp at en slik vurdering enda ikke er foretatt. Det nærmeste Kommisjonen kommer til en faktisk vurdering etter art. 61 (3) er avgjørelsen om Polens allokeringsplan. Kommisjonen innrømmer å ha foretatt en ”*preliminary assessment*” av planens kompatibilitet med art. 107 og 108 TFEU. Samtidig presiseres det eksplisitt at dette ikke tilsvarer en formell vurdering i henhold til art. 108(2).<sup>144</sup>

Det konkluderes dermed med at ingen av allokeringsplanene er vurdert ut fra EØS-avtalen art. 61 (3), og at Kontrollorganene heller ikke søker å gi inntrykk av at slik godkjenning foreligger. Ved å anvende art. 9 (3) er det kun foretatt en foreløpig, prejudisiell vurdering.

### 3.1.3 Anvendelsen av 2003/87/EC art. 9 (3) - Konsekvenser

Art. 9 (3) gir ingen selvstendig godkjenningshjemmel, og det er ikke gitt noen separat godkjenning av allokeringsplanene, jf. art. 61 (3). Det er to mulige følger av denne rettsstilstanden, og de er gjensidig utelukkende. For det første kan man reise spørsmål om art. 9 (3) i praksis har trådt i stedet for art. 61 (3), og dermed om Kontrollorganenes avgjørelser mangler gyldig hjemmel. For det andre kan man reise spørsmål om godkjenning i det hele tatt foreligger.

Kontrollorganene har som nevnt vært svært påpasselige med å presisere at deres avgjørelser *ikke* tilsvarer godkjenning eller avslag i tråd med art. 61 (3). Det er dermed vanskelig å se at art. 9 (3) er anvendt på en måte som ikke gjenspeiler dens rettslige innhold ved at det er gitt endelig godkjenning.

Så lenge avgjørelsene ikke kan tolkes som godkjenning i henhold til art. 61 (3) gjenstår bare det andre alternativet. Den naturlige konsekvensen av argumentasjonen over er at de nasjonale allokeringsplanene som inngår i ETS enda ikke er gitt noen formell og endelig godkjenning.<sup>145</sup> Så lenge vederlagsfri tildeling av kvoter utgjør statsstøtte betyr

---

<sup>144</sup> Com19.04.2010 Polen.

<sup>145</sup> Johnston s. 132.

det igjen at statene nå i en årrekke har delt ut statsstøtte uten gyldig notifikasjon og godkjenning. Dette kan igjen utløse krav om opphør eller tilbakebetaling av støtten. Eventuelle rettsvirkninger kan av plasshensyn ikke behandles nærmere her.<sup>146</sup>

### 3.2 Direktiv 2003/87/EC Annex III

Kontrollorganene skal vurdere allokeringsplaner opp mot kravene i kvotehandelsdirektivet art. 10 og Annex III, jf. art. 9 (3). De har ikke noe annet rettslig grunnlag for å avslå allokeringsplaner.<sup>147</sup> Den sentrale statsstøtterettslige bestemmelsen i Annex III er vilkår 5. De øvrige vilkårene behandles ikke. Selv om de ligger til grunn for en stor del av Kontrollorganenes og domstolenes praksis er de av mer prosessuell og administrativ art. De har ingen sterk tilknytning til de materielle statsstøttereglene. Praksis fra disse øvrige vilkårene gjelder særlig om staten innhenter tilstrekkelig informasjon om utslipp, oppfyller sin opplysningsplikt eller overholder forpliktelsen til å redusere utslipp.<sup>148</sup>

#### 3.2.1 Omhandler vilkår 5 statsstøttebegrepet eller unntaksadgangen?

Annex III vilkår 5 lyder:

*”The plan shall not discriminate between companies or sectors in such a way as to unduly favour certain undertakings or activities in accordance with the requirements of the Treaty, in particular Articles 87 and 88 thereof.”*

Ved tolkning av bestemmelsen må det ses hen til Kommisjonens veiledning.<sup>149</sup>

Veiledningen er kun ment å strukturere og tilgjengeliggjøre avgjørelser etter art. 9(3), og er ikke et rettslig instrument i tråd med art. 288 TFEU. Veiledningens rettslige betydning illustreres likevel av EØS-komiteens gjennomføringsbeslutning for

---

<sup>146</sup> Se Alterskjær del IV.

<sup>147</sup> T-178/05 *Storbritannia mot Kommisjonen* premiss 54.

<sup>148</sup> Se for eksempel allokeringsplanene til Romania, Portugal, Belgia, Danmark, Finland, Frankrike, Hellas, og Italia. ([http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allocation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allocation_en.htm)).

<sup>149</sup> Plikten til å utarbeide veiledning følger av art. 9 (1). Se COM(2003)830final og COM(2005)703final.

direktivet, som presiserer at EØS-statenes allokeringsplaner skal respektere Annex III, ”in particular (...) the relevant provisions of the methodology pursuant to the Commission’s guidance documents.”<sup>150</sup>

Veiledningen fastslår kort under pkt. 2.1.5 at ”Normal state aid rules will apply”. Annex III erstatter dermed ikke art. 61.<sup>151</sup> Dette følger også av det prinsipielle utgangspunktet om at et Direktiv vedtatt i henhold til art. 288 TFEU ikke kan begrense eller endre ved traktatens regler om statsstøtte.<sup>152</sup> Slik det uttrykkes i *EnBW* er vilkår 5 ”merely the expression of a principle well established in Community law whereby all measures of secondary legislation must be implemented in such a way as not to infringe the Treaty (...).”<sup>153</sup> I det følgende legges det til grunn at vilkår 5 ikke kan forstås på noen måte som strider mot art. 61, og dermed at bestemmelsene må tolkes i sammenheng.

Problemstillingen er om vilkår 5 er rettet mot kriteriene for å påvise statsstøtte i art. 61 (1) eller mot *unntaksadgangen* i art. 61 (3). Spørsmålet om man befinner seg i hovedregelen eller i unntaket er et vanlig et når man leser Kontrollorganenes praksis. Avgjørende er her ordet ”unduly” i sammensetningen ”unduly favour certain undertakings.” Isolert sett er ”favour certain undertakings” en henvisning til selektivitetskriteriet. Uten kvalifiseringen ville vilkår 5 koblet selektivitetskriteriet direkte til en inkompatibel differensiering. Dermed ville selektivitetskriteriet bli absolutt, og de alminnelige statsstøtterettslige reglene modifisert. Med kvalifikasjonen som ligger i ”unduly” rettes i stedet vilkår 5 mot definisjonen av hva som utgjør ulovlig differensiering. En forskjellsbehandling er kun å regne som inkompatibel differensiering så lenge den ikke er objektivt forsvarlig.

Vilkår 5 tjener etter dette som en presisering av vurderingstemaet når statsstøtte først er påvist og skal godkjennes. Trolig er det ingen stor materiell forskjell mellom en vurdering basert på vilkår 5 og en vurdering som knyttes direkte opp mot art. 61 (3).

---

<sup>150</sup> EEACom146/2007 fortalen avsnitt 19.

<sup>151</sup> Lorenz, s. 404.

<sup>152</sup> Forenede saker C-134/91 og C-135/91 *Kerafina and Vioktimatiki* premiss 20, T-184/97 *BP Chemicals v Kommisjonen* premiss 55.

<sup>153</sup> T-387/04 *EnBW* premiss 135.

Materielt sett blir innholdet i vurderingen med grunnlag i direktivet art. 9 (3) dermed likt innholdet i en potensiell vurdering opp mot art. 61 (3). Art. 9 (3) tillater en fremskyndet, prejudisiell statsstøttevurdering. Dette gir større forutsigbarhet og tillater en rask tilpasning av allokeringsplanene. Dette letter innføringen av et fungerende klimakvotehandelsystem, og fremmer direktivets overordnede målsetning om å redusere utslipp.

### 3.2.2 Forholdet mellom vilkår 5 og likebehandlingsprinsippet

Det er et generelt kriterium at en stat ved implementeringen av direktivet respekterer grunnleggende fellesskapsrettslige prinsipper. ESA uttrykker det slik:

*”(...) state aid cannot be declared compatible with the common market if certain conditions for receiving the aid contravene the general principles of Community law, such as the principle of equal treatment.”<sup>154</sup>*

Retten har vist til at vilkår nr. 5 *”is (...) the specific application of the general principle of equal treatment in the context of (...) Directive 2003/87.”<sup>155</sup>* Ut fra dette kan det legges til grunn at vilkår 5 speiler innholdet i prinsippet om likebehandling. Spørsmålet er hvilket rettslig innhold likebehandlingsprinsippet har, og dermed hva som er innholdet i vilkår 5. Retten gir følgende definisjon:

*”(T)he principle of equal treatment requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified.”*(min utheving)

Prinsippet om at objektivt forsvarlig forskjellsbehandling ikke regnes som ”relevant” forskjellsbehandling rettslig sett er vanlig for statsstøtteretten. Som tidligere nevnt er vilkår 5 også forutsatt å samsvare med art. 61 (3). Dermed får man en situasjon hvor

---

<sup>154</sup> ESA 504/08/COL, s. 7.

<sup>155</sup> T-374/04 *Tyskland mot Kommisjonen*, premiss 153.

samme norm kommer til uttrykk i tre forskjellige former: art. 61 (3), prinsippet om likebehandling og direktivets art. 9 (3).

Rettslig sett er det problematisk å sette likhetstegn mellom likebehandlingsprinsippet og art. 61 (3). Prinsippet kan ikke forstyrre ved kompetansefordelingen mellom Kontrollorganene og medlemsstatene.<sup>156</sup> Derfor er det mer hensiktsmessig å se de materielle reglene i art. 61 (3) som delvis avledet av likebehandlingsprinsippet, uten at prinsippet gir noen form for uttømmende grunnlag for godkjenning. Prinsippet modifierer dermed ikke art. 61 (3), men inngår på grunn av sitt overlappende innhold i forenlighetsvurderingen.

I det følgende vil det settes terminologisk likhetstegn mellom 1) brudd på likebehandlingsprinsippet, 2) ulovlig differensiering og 3) forskjellsbehandling som ikke er objektivt forsvarlig.

#### **4 Lovlighetskontrollen - Innhold**

Det rettslige grunnlaget som anvendes i den statsstøtterettslige vurderingen av allokeringsplaner er direktivets art. 9 (3) jf. Annex III. Det materielle innholdet i Kontrollorganenes vurdering er avledet av art. 61 (3) bokstav c og likebehandlingsprinsippet. Temaet i det følgende er å redegjøre for hvilke tildelingskriterier for klimakvoter som kan godkjennes som forenlig statsstøtte, rettere sagt hvilken forskjellsbehandling som er objektivt forsvarlig.

Først må det redegjøres for de grunnleggende utgangspunktene. Art. 61 (3) bokstav c er en unntaksregel som må tolkes restriktivt.<sup>157</sup> Ved anvendelse på tildeling av klimakvoter må den tolkes i sammenheng med direktivet Annex III vilkår 5. Som utledet ovenfor er det sentrale kriteriet om en påvist forskjellsbehandling er *objektivt*

---

<sup>156</sup> T-183/07 *Polen mot Kommisjonen* premiss 104. Tilsvarende i T-263/07 *Estonia mot Kommisjonen* premiss 88.

<sup>157</sup> Se Merola/Grichlow s. 44.



*forsvarlig (objectively justified)*. En forskjellsbehandling som ikke er objektivt forsvarlig gir en selektiv fordel som er urettmessig (*undue*).

Fra ordlyden i art. 61 (3) bokstav c kan man slutte at tiltakets forenlighet beror på en avveining mellom 1) støttens formål og nyttevirksomheter og 2) støttetiltakets skadevirkninger for fellesmarkedet, jf. ”*avtalens funksjon*.” En godkjenning av et støttetiltak vil måtte bestå av to elementer. Etter å ha redegjort for tiltakets nyttevirksomheter (*punkt 4.1 og 4.2*) må det foretas en proporsjonalitetsvurdering, der støttetiltakets nyttevirksomheter holdes opp mot inngrepets skadevirkninger på markedet (*punkt 4.3*). Tiltaket kan kun godkjennes der nettovirkningen er positiv.

I et forsøk på å standardisere og forenkle anvendelsen av art. 61 (3) c har Kontrollorganene utferdiget detaljerte retningslinjer. Forenlighetsspørsmålet er søkt løst ved en juridisk operasjon kalt avveiningstesten (*balancing test*). Balanseringstesten tar utgangspunkt i tre hovedvilkår:<sup>158</sup>

- a) Støtten må ha et legitimt formål
- b) Støtten må være nødvendig og hensiktsmessig
- c) Nettovirkningen av tiltaket må være positiv (proporsjonalitet)

Balanseringstesten er ment å gi en generell veiledning til alle statsstøttevurderinger. Den er relevant også for temaet i denne avhandlingen, men behandlingen vil ikke utelukkende forholde seg til balanseringstestens vilkår. For det første er anvendelsen av balanseringstesten teknisk komplisert. For det andre kan vilkårene for å godkjenne tildeling av vederlagsfrie klimakvoter knyttes direkte opp mot Miljøretningslinjene og ordlyden i direktivet.

For å bedre oversiktligheten vil behandlingen skille mellom 1) forutsetninger for at et støttetiltak skal godkjennes (*punkt 4.1*), 2) bedømmelsen av tiltakets nyttevirksomheter (*punkt 4.2*), og 3) den generelle proporsjonalitetsvurderingen (*punkt 4.3*). Jeg vil forsøke å trekke inn relevante eksempler fra Kontrollorganenes praksis underveis.

---

<sup>158</sup> ”*Commission Guidelines*” kapittel 3.

#### 4.1 Grunnleggende krav til tildelingskriterier for klimakvoter

Retningslinjene pkt. 140 oppstiller fire spesifikke krav til tildelingskriterier for klimakvoter. De fremstår delvis som *forutsetninger* for at et støttetiltak skal være forenlig med EØS-avtalens funksjon, og delvis som rammer for å vurdere tiltakets nyttevirksomheter, jf. Retningslinjene pkt. 140 (1) c og d.

##### 4.1.1 Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) a

*”(T)he tradable permit schemes must be set up in such a way as to achieve environmental objectives beyond those intended to be achieved on the basis of Community standards that are mandatory (...).”*

Dette første kriteriet følger naturlig av den grunnleggende regelen om at statsstøtte ikke kan gis for å oppnå fellesskapsrettslige minimumsstandarter.<sup>159</sup> En slik adgang ville uthule beskyttelsen av fellesmarkedet. Tildelingskriteriene må gjenspeile at art.61 (3) er ment som en unntaksregel. Støtten må føre til et høyere beskyttelsesnivå enn staten er forpliktet til.

##### 4.1.2 Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) b

*”(T)he allocation must be carried out in a transparent way, based on objective criteria and on data sources of the highest quality available(...).”<sup>160</sup>*

Bestemmelsen speiler direktivet art. 9: *”The plan shall be based on objective and transparent criteria.”* Ordlyden tilsier at dette er absolutte krav. Kravene om objektivitet og tilgjengelighet henger nært sammen. For å vurdere om tildelingskriterier er objektive må de logisk sett være tilgjengelige. Samtidig vil det være umulig å forsikre seg om materiell forsvarlighet dersom tildelingskriteriene ikke også var objektive. Pkt. 140 (1) bokstav b gir lite materielle føringer for allokeringssplanens

---

<sup>159</sup> Retningslinjene pkt. 43 og pkt. 73.

<sup>160</sup> Bestemmelsens annet punktum behandles under *pkt 4.3*. Se også Merola/Grichlow s. 25.

innhold utover dette. Hvorvidt tildelingskriteriene i en allokeringsplan er forenlige med avtalens funksjon vil fremdeles avhenge av tiltakenes formål, nyttevirknninger og proporsjonalitet.

#### 4.1.3 Støtten må gå til et legitimt formål

Ifølge balanseringstesten må støtten gå til et ”*well-defined objective of common interest.*”<sup>161</sup> Kravet ligger også implisitt i ordlyden i art. 61 (3) bokstav c og Retningslinjene pkt. 140 (1) bokstav c. Kravet er absolutt, og inngår i en tottrinns-vurdering der man senere må vurdere om formålet er viktig nok til å veie opp for den mulige konkurransevriddningen.

Formålet må være presist definert, og må ha blitt anerkjent av rettsordenen som gjennomslagskraftig overfor hensynet til fellesmarkedet. Man er dermed avhengig av at støtteformålet har normativ støtte i EU-regelverket for å få støtten godkjent. Dette er et helt grunnleggende poeng. Hvis det ikke allerede er tatt stilling til om formålet er legitimt vil godkjenning neppe gis: ”(E)xceptions must be justified by reasons acknowledged under the Act.”<sup>162</sup>

Eksempel: I det første norske forslaget til allokeringsplan var det opprettet to avsetningsfond. Det ene var for prosjekter innen karbonfangst og det andre for varmekraftverk. ESA godtok støtte forskjellsbehandling til fordel for varmekraftverkene, men ikke til karbonfangst. Det avgjørende momentet var at støtte til varmekraftverk var ”*in line with the Act.*” Det var legislativ støtte for varmekraftverk som formål i Retningslinjene og bakgrunnsretten, jf. fortalen til direktivet pkt. 21. ”*Therefore, the creation of a separate reserve limited to this purpose and respecting the*

---

<sup>161</sup> Retningslinjene pkt. 16.

<sup>162</sup> Com29.11. 2006 Tyskland, avsnitt 22 og 23.

*requirement not to allocate beyond needs has been accepted within the EEA.*”<sup>163</sup> Støtte til karbonfangst hadde ikke tilsvarende grunnlag, jf. Retningslinjene pkt. 69.<sup>164</sup>

#### 4.1.4 Støtten må være nødvendig og hensiktsmessig

At tiltaket må være nødvendig og hensiktsmessig følger av balanseringstesten og at art. 61 (3) er en unntaksbestemmelse.<sup>165</sup> Støtten må være egnet til å oppnå formålet, den må ha en konkret insentiveffekt,<sup>166</sup> og den må være proporsjonal. Proporsjonaliteten her er begrenset til om tiltaket går lenger enn nødvendig, uten hensyn til tiltakets skadevirkninger, og må ikke blandes med den generelle proporsjonalitetsvurderingen.<sup>167</sup>

I forhold til ETS og tildelingskriterier for klimakvoter er det avgjørende at det er en årsakssammenheng mellom vederlagsfri tildeling og oppnåelsen av det overordnede målet om å kutte utslipp. Det at det foreligger markedssvikt er ikke i seg selv tilstrekkelig.<sup>168</sup> Under nåværende system vil dette kriteriet trolig være oppfylt. Uten vederlagsfri tildeling ville man ikke kunne innføre handel med klimakvoter i samme hastighet. Tiltak som gjør det lettere for foretak å omstille seg, og senker terskelen for deltagelse i ETS, vil alle bidra til kvotehandelssystemets overordnede målsetning: Å redusere utslipp av klimagasser.

## 4.2 Forskjellsbehandling – Krav til tiltakets nyttevirkninger

Forskjellsbehandling kan oppstå både som naturlig følge av utformingen av ETS, og som følge av at staten driver aktiv og åpen favorisering. Problemstillingen her er hvilke former for forskjellsbehandling som anses forenlige med avtalens funksjon.

---

<sup>163</sup> ESA 504/08/COL s. 19.

<sup>164</sup> Det forelå ikke nok erfaring med CCS til å legge konkrete føringer i Retningslinjene. Norges støtte til Mongstad og Kårstø ble godkjent på alternativt grunnlag.

<sup>165</sup> Retningslinjene pkt. 16 (2).

<sup>166</sup> Retningslinjene pkt. 142.

<sup>167</sup> Retningslinjene pkt. 30.

<sup>168</sup> Retningslinjene pkt. 23.

Forskjeller i tildeling kan oppstå der en tildelingsmodell baseres på historiske utslipp uten å ta høyde for endringer i utslipp som skyldes enkelthendelser. Foretak med like utslipp over ett år vil dermed ikke nødvendigvis motta like mange kvoter. Videre vil foretak med sviktende produksjon kunne kompensere for nedsatt omsetning ved å selge overskuddskvoter, og dermed vedlikeholde inntekten på en kunstig måte. Trolig er ikke disse virkningene uforenlige med EØS-avtalen.<sup>169</sup>

#### 4.2.1 Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) c: Forskjellsbehandling må forankres i miljøhensyn

Når man skal vurdere rammene for godkjenning etter art. 61 (3) for tildeling av klimakvoter er Retningslinjene pkt. 140 (1) bokstav c en helt sentral bestemmelse:

*”(T)he allocation methodology must not favour certain undertakings or certain sectors, unless this is justified by the environmental logic of the scheme itself or where such rules are necessary for consistency with other environmental policies.”*

Et grunnleggende poeng som kan utledes herfra er at hensynene bak ethvert inngrep i fellesmarkedet ved tildeling av klimakvoter vederlagsfritt må være miljørelaterte. Fokuset på systematikk (*”methodology”*) tilsier at det tiltakets reelle virkning som skal vurderes, og ikke den anførte begrunnelsen. Art. 140 (1) bokstav c innlemmer også det ovennevnte nødvendighetskravet. Miljøhensynene kan forankres i to alternative grunnlag:

1. Klimakvotesystemets egen interne logikk (*”environmental logic”*).
2. Nødvendighet som følge av en ellers legitim miljøpolitikk (*”consistency with justified environmental policies”*).<sup>170</sup>

Ordlyden i pkt. 140 (1) bokstav c ligner beskrivelsen av selektivitetskriteriet, jf. *”the nature or general scheme of the system (...),”*<sup>171</sup> (punkt 2.5.1 i avhandlingen). Det må

---

<sup>169</sup> Se Weishaar s. 171.

<sup>170</sup> Se ESA 504/08/COL s. 4.

her holdes fast ved utgangspunktet om at Miljøretningslinjene *kun* er relevante for forståelsen av unntaksadgangen i art. 61 (3), og *ikke* spørsmålet om det i det hele tatt foreligger en selektiv fordel.

Eksempel 1: Østerrikes allokeringsplan for fase 2 differensierte mellom foretak basert på hvilken sektor de tilhørte ved å dele ut flere kvoter til foretak innen raffinering, stålproduksjon og fjernvarme. Østerrike anførte politiske hensyn som begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Kommisjonen godtok ikke Østerrikes argumentasjon. Det klare utgangspunktet er at inngrep må forankres i miljøpolitiske målsetninger. Forskjellsbehandlingen ga derfor en selektiv fordel som var *undue*, jf. Annex III vilkår 5.<sup>172</sup>

Eksempel 2: Nederlands allokeringsplan tok kvoter fra strømprodusenter og fordelte dem på foretak i andre sektorer. Kommisjonen anerkjente implisitt at omfordelingen kunne være forenlig ut fra strømprodusentenes fordelaktige stilling i ETS. Nederlands forslag ble likevel ikke godkjent. Avgjørende var at de inndratte kvotene ble viderefordelt etter strømforbruk og ikke utslipp. Foretak med høyere strømforbruk fikk dermed en relativ fordel som ikke kunne forankres direkte i miljøpolitiske målsetninger: ”(s)uch favourable treatment does not serve the environmental objective of the Directive.”<sup>173</sup>

#### 4.2.2 Miljørelaterte begrunnelser for forskjellsbehandling

Aktiv forskjellsbehandling i tildelingskriterier må alltid vurderes konkret, og belyses her kun ved eksempler. For det første gir retningslinjene prinsipiell støtte for forskjellsbehandling av aktører som reduserer utslipp før de er forpliktet til det (*early action*), og dermed pådrar seg tidlige kostnader.<sup>174</sup> Tidlig innrettelse bidrar til direktivets overordnede formål om å redusere utslipp. For det andre har effektivisering

---

<sup>171</sup> Sak 173/73 premiss 33.

<sup>172</sup> Com02.04.2007 Østerrike s. 7-8.

<sup>173</sup> Com16.01.2007 Nederland s. 12.

<sup>174</sup> sml. Retningslinjene punkt 45, jf. Lorenz, s. 402.

av energiforbruk støtte både i regelverket og i praksis.<sup>175</sup> For det tredje vil det prinsipielt sett være adgang til forskjellsbehandling der foretak er i stand til å dra nytte av ETS på en måte som gir dem en relativ fordel, i den grad forskjellsbehandlingen kompenserer for denne skjevheten. Nederlands allokeringsplan er et eksempel på dette.<sup>176</sup> For det fjerde vil forenligheten av aktiv forskjellsbehandling være avhengig av hvor god støtte formålet bak forskjellsbehandlingen har innenfor ETS, jf. *punkt 4.1.3*.

Eksempel 1: I Norges forslag til allokeringsplan i fase 2 knyttet klimakvoteloven §7(3) tildeling av vederlagsfrie kvoter til målte utslipp i perioden 1998-2001. Resultatet var en negativ forskjellsbehandling av nye aktører. Vederlagsfri tildeling av kvoter var forbeholdt foretak med oppstart før 2001. ESA godtok ikke løsningen. Det kan utledes flere prinsipielle momenter fra deres vurdering. For det første var ønsket om å sende foretak en preventiv ”beskjed” via tildelingskriterier ikke nok til å rettferdiggjøre forskjellsbehandlingen. For det andre hadde ikke ordningen noen påvirkning på Norges totale allokeringsmengde. Dermed ble det vanskeligere å forsvare den opp mot den overordnede målsetningen om å kutte utslipp.<sup>177</sup> Utfallet ble det samme ved Tysklands første allokeringsplan. En forskjellsbehandling utelukkende basert på oppstartsdato kunne ikke rettferdiggjøres.<sup>178</sup>

Eksempel 2: Østerrikes allokeringsplan for fase 2 forskjellsbehandlet foretak som hadde et høyere potensial for utslippsreduksjon.<sup>179</sup> Ordningen kunne rettferdiggjøres ut fra miljøpolitiske målsetninger, og ville bidra til den overordnede målsetningen om å redusere utslipp. Ordningen kunne likevel ikke rettferdiggjøre over-allokering, som foreligger der et foretak blir tildelt flere kvoter enn det har bruk for, enten direkte eller ved at utslippene beregnes for lavt.<sup>180</sup>

---

<sup>175</sup> Retningslinjene punkt 47, Com16.01.2007 Nederland.

<sup>176</sup> Com16.01.2007 s. 12.

<sup>177</sup> ESA100/09/COL s. 14.

<sup>178</sup> C/2006/5609final s. 12.

<sup>179</sup> Com02.04.2007 s. 8.

<sup>180</sup> Com16.01.2007 Nederland s. 12.

Eksempel 3: Tysklands allokeringsplan for fase 2 inneholdt en tildelingsgaranti (*allocation guarantee*), der enkelte foretak var sikret en tildeling av kvoter etter slutten av fase 2 for å ta hensyn til investeringsplaner. Kommisjonen kom til at garantiordningen ga en selektiv fordel som var *undue*.<sup>181</sup> Det var ingen påviselig forskjell mellom de foretakene som mottok en garanti og de som ikke mottok noen garanti. Videre var det Kommisjonens oppfatning at garantiordningen kunne true direktivets overordnede målsetning.<sup>182</sup> Avgjørelsen illustrerer et helt sentralt poeng, nemlig at det prinsipielt sett skal mye til for å rettferdiggjøre en forskjellsbehandling der det ikke er noen påviselig forskjell mellom foretakene.

En form for aktiv forskjellsbehandling som ikke kan godkjennes er der en nasjonal allokeringsplan utnytter særtrekk ved den nasjonale økonomien og allokere et høyt antall kvoter til en sektor som er liten i forhold til andre staters tilsvarende sektor. Aktører innen denne sektoren vil dermed kunne få en relativ fordel i forhold til internasjonale konkurrenter (*cross-financing*),<sup>183</sup> uten at det kan påvises noen miljøgevinster.

#### 4.2.3 Miljøretningslinjene pkt. 140 (1) d: Nye aktører<sup>184</sup>

*“(N)ew entrants shall not in principle receive permits or allowances on more favourable conditions (...). Granting higher allocations to existing installations compared to new entrants should not result in creating undue barriers to entry.”*

Retningslinjene oppstiller her tilsynelatende et forbud mot differensiering av foretak, men dette gjelder kun som utgangspunkt, jf formuleringen *“in principle.”* Det egentlige rettslige innholdet i bestemmelsen er at statene har en viss adgang til å drive forskjellsbehandling av nye aktører.<sup>185</sup> Begrunnelsen er at nye aktører har større

---

<sup>181</sup> Com29.11.2008 Tyskland s. 12.

<sup>182</sup> COM(2006)725final s. 11.

<sup>183</sup> Lorenz s. 403.

<sup>184</sup> Begrepet nye aktører er definert i kvotehandelsdirektivet art. 3 bokstav h.

<sup>185</sup> COM(2003)830final s. 12.



tilpasningsdyktighet. Det har ikke blitt ansett som like nødvendig at de også skal motta kvoter vederlagsfritt.

Motsatsen er at statene har adgang til å sikre de nye aktørenes tilgang til markedet på annet vis, jf. ”*should not result in creating undue barriers to entry.*” Ordlyden er i rettslitteraturen antatt å innebære at ulovlig konkurransevridding kan foreligge dersom en allokeringsplan ikke tar aktivt hensyn til nye aktører.<sup>186</sup> Samtidig fastslår Veiledningen til Annex III at en stat kan vise tilstrekkelig hensyn til nye aktører simpelthen ved å fastslå at nye aktører må kjøpe alle kvoter på markedet.<sup>187</sup> Dermed er det ikke mye igjen av plikten til å sikre tilgangen til markedet.

Punkt 140 (1) bokstav d hjemler etter dette både positiv og negativ differensiering av nye aktører. Regelen bør som utgangspunkt anvendes restriktivt, slik det er bekreftet av ESA.<sup>188</sup> Hjemmelen for særbehandling av nye aktører er likevel anvendt hyppig, gjerne ved at det opprettes allokeringsreserver for enkelte sektorer (*New Entrants Reserve*).

Eksempel: Norges allokeringsplan hadde tre separate problemer i forhold til regelverket for nye aktører. Planen hadde en egen definisjonen av begrepet ”ny aktør,” sondret mellom foretak ut fra deres oppstartsdato og åpnet for en langvarig forskjellsbehandling. Norges definisjon av begrepet ble ikke godtatt. Trolig vil en vridding i tildelingskriterier som skyldes avvikende definisjoner generelt ikke godtas i henhold til art. 61 (3), ettersom det ville åpne for en omgåelse av statsstøttereglene.<sup>189</sup> Videre var en sontring mellom foretak utelukkende basert på oppstartsdato ikke akseptabel. Dette var en overfladisk forskjell som ikke gjenspeilte en tilstrekkelig forskjell i driftsforutsetninger til å rettferdiggjøre forskjellsbehandling. Endelig kunne unntaket for nye aktører bare gjelde under en enkelt fase, ut fra den grunnleggende betraktningen om at unntaket må tolkes restriktivt.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Se Weishaar s. 169.

<sup>187</sup> COM(2003)830final s. 12.

<sup>188</sup> ESA 504/08/COL s. 16.

<sup>189</sup> Direktiv 2009/29/EC art. 10a(7) fjerde avsnitt pålegger Kommisjonen å gi en felles definisjon for begrepet ”ny aktør”. Dette kan skyldes erfaringer fra allokeringsplanene.

<sup>190</sup> C/2006/5609final s. 12.

#### 4.3 Art. 61 (3) c – Den generelle proporsjonalitetsvurderingen

Temaet ovenfor har vært forutsetningene for at et støttetiltak kan anses som objektivt forsvarlig, samt vurderingen av tiltakets nyttevirksomheter. Det tredje elementet i balanseringstesten omhandler den overordnede proporsjonalitetsvurderingen. De totale nyttevirksomhetene av støtten må være større enn skadevirksomhetene. Problemstillingen her er hvilke momenter som er relevante ved proporsjonalitetsvurderingen av tildelingskriterier.

En avveining forutsetter at man først har kartlagt støttetiltakets skadevirksomheter. Kartleggingen må ta hensyn til konsekvensene for hele EØS-området. Nettovirkningene for en enkelt stat er ikke avgjørende.<sup>191</sup>

Et første moment i proporsjonalitetsvurderingen er at foretak vil pådra seg visse kostnader ved å delta i ETS. De må måle og informere om deres utslipp, foreta transaksjoner med kvoter og tilpasse driften til nye forutsetninger. Som nevnt er ikke disse kostnadene store nok til å si at en vederlagsfri tildeling av kvoter ikke gir en økonomisk fordel, men de er relevante for proporsjonalitetsvurderingen.

Et videre moment er at enkelte teknologier og støtteformål har et bedre fundament inne rettsordenen i ETS enn andre. For fase 2 gjelder dette eksempelvis varmekraftverk<sup>192</sup> og resirkulering.<sup>193</sup> Et viktigere formål rettferdiggjør høyere støtteintensitet. Denne type relativisering ut fra formålet viktighet må holdes adskilt fra det grunnleggende spørsmålet om formålet er legitimt, jf. *punkt 4.1.3* ovenfor.

Et tredje og sentralt moment for ETS er at grunntrekkene i systemet nå er velkjente og innarbeidede. Prinsippene om at forurenseren betaler, internalisering av kostnader og bruken av markedsmekanismer for reduksjon av utslipp har lenge vært del av

---

<sup>191</sup> Sak 730/79 *Philip Morris* premiss 26.

<sup>192</sup> Retningslinjene pkt. 112.

<sup>193</sup> Retningslinjene pkt. 126.

fellesskapets og EØS-statenes klimapolitikk.<sup>194</sup> Foretak kan nå vanskelig hevde at sanksjoneringen av utslipp kommer som en overraskelse, og at de ikke har forutsetninger for å omstille driften. Dermed svekkes argumentene for å opprettholde støtteordninger i tilknytning til ETS.

Før de konkrete utslagene av vurderingen drøftes kan det kort reises spørsmål om proporsjonalitetsvurderingen i fase 2 skiller seg materielt fra det generelle proporsjonalitetskriteriet.

Proporsjonalitetsvurderingen i fase 2 styres av prinsippene i Retningslinjene pkt. 55. Ifølge pkt. 55 er vederlagsfri tildeling av kvoter *kun* disproporsjonalt der et foretak tildeles flere kvoter enn det har utslipp, eller der det skapes høye barrierer i markedet for nye aktører. Ifølge pkt. 56 vil man foreta en vanlig nødvendighets- og proporsjonalitetsvurdering i perioden etter 31.12.2012. Lovteknisk har man med dette erstattet det generelle proporsjonalitetskriteriet i fase 2 med en presumsjon, samtidig som man eksplisitt sier at det generelle proporsjonalitetskriteriet gjelder for fase 3. Ser man disse to momentene i sammenheng er det nærliggende å konkludere med at man forutsetningsvis ikke skal foreta en generell proporsjonalitetsvurdering under fase 2. Begrunnelsen kan være at man ønsker å lette innføringen av ETS og bedre forutsigbarheten. I den grad en slik forståelse modifierer den grunnleggende godkjenningsadgangen etter art. 61 (3) c vil likevel tolkningsresultatet stå i et spenningsforhold til bakgrunnsretten. Pkt. 55 kan derfor trolig ikke *utelukke* at det foretas en generell proporsjonalitetsvurdering i fase 2, men bestemmelsen kan gi uttrykk for en rettslig presumsjon.

Pkt. 141 regulerer spesifikt hvordan proporsjonalitetskriteriet forholder seg til ETS. Bestemmelsen kommer ifølge pkt. 140 ikke til anvendelse på allokeringsplaner før fase 3 i 2013. Det at man unnlater å anvende pkt. 141 i fase 2 er trolig uproblematisk i forhold til de overordnede normene i art. 61 (3). Bestemmelsen har karakter av å være en detaljert regulering av en særskilt situasjon, med et rettslig innhold som er separat fra den generelle proporsjonalitetsvurderingen.

---

<sup>194</sup> Jf. Johnston s. 121, se *punkt 1.2*.

#### 4.3.1 Utslag av proporsjonalitetsvurderingen og eksempler

Retningslinjene pkt. 55 og pkt. 140 (1) bokstav b er trolig kodifiserte utslag av proporsjonalitetsvurderingen. Bestemmelsene forbyr over-allokering av kvoter. Overskuddskvoter vil kunne selges for en direkte inntekt, uten at foretaket må disponere for å redusere utslipp. En slik direkte inntekt uten insentivvirkning gir presumptivt en relativ fordel som ikke kan rettferdiggjøres ut fra miljøhensyn. Dette gjelder også der over-allokering skjer som resultat av spesialregler, eksempelvis for tidlig innrettelse<sup>195</sup> eller energi-effektivisering.<sup>196</sup>

Eksempel: I den tidligere behandlede avgjørelsen for Tysklands allokeringsplan ble en differensiering av aktører basert utelukkende på en ”cut-off” dato ikke godtatt (se *punkt 4.2.2* ovenfor, eksempel 3).<sup>197</sup> Kommisjonen åpnet likevel for at ”cut-off” løsningen kunne godtas, forutsatt at de aktuelle foretakene kunne vise til konkrete utslippsreduksjoner.<sup>198</sup> I forhold til proporsjonalitetskriteriet er poenget dette: Foretakenes status som nye aktører og deres tidligere innrettelse til ETS var utilstrekkelige hver for seg til å begrunne forskjellsbehandlingen. Samlet sett var momentene likevel tungtveiende nok til å rettferdiggjøre en tildelingsmodell som ville føre til utstrakt differensiering. Slik Kommisjonen uttaler, der nye aktører *”are favoured just because they are more recent, such favouring is undue and thus contravenes criterion 5.”*<sup>199</sup> Motsatt, der staten kunne påvise tilleggsmomenter ville forskjellsbehandlingen kunne godtas. Eksempelen styrker også påstanden i *punkt 4.2.3* om at forskjellsbehandling fortrinnsvis bør rettferdiggjøres ut fra konkrete forskjeller mellom foretak.

---

<sup>195</sup> Com11.12.2009 Estonia punkt 18, Com26.03.2007 Tsjekkia punkt 17.

<sup>196</sup> Retningslinjene punkt 47.

<sup>197</sup> C/2006/5609final s. 11.

<sup>198</sup> Ibid. s. 12.

<sup>199</sup> Ibid. s. 13.

#### 4.4 Oppsummering

Dersom vederlagsfri tildeling av klimakvoter først kategoriseres som statsstøtte er det legislative grunnlaget for å godkjenne støtten EØS-avtalen art. 61 (3) bokstav c. Både ESA og Kommisjonen har i praksis knyttet vurderingen av nasjonale allokeringsplaner til kvotehandelsdirektivet art. 9 (3) jf. Annex III vilkår 5. Det materielle innholdet i vurderingen er trolig likt, men art. 9 (3) gir ingen selvstendig godkjenningshjemmel.

Hovedtemaet ved godkjenning er om allokeringsplanens tildelingskriterier er objektivt forsvarlige, slik at ingen foretak gis en selektiv fordel som er *undue*. Et sentralt og ofte avgjørende moment i om differensiering kan godkjennes er om støttetiltakets formål er anerkjent av rettsordenen innen ETS. Videre må formålet være knyttet til å bedre miljøbeskyttelsen. I praksis vil dette momentet oftest være oppfylt der forskjellsbehandling bidrar til direktivets formål om å redusere utslipp. Dette kan enten skje direkte ved at utslippsmengden reduseres, eller indirekte ved at man letter innføringen av kvotehandelssystemet. Dersom det ikke er noen påviselig forskjell mellom foretak vil det være vanskeligere å rettferdiggjøre en forskjellsbehandling.

Den generelle proporsjonalitetsvurderingen må foretas konkret. Tiltakets nyttevirksomheter må være større enn tiltakets skadevirkninger. Støtten kan aldri godkjennes der et foretak mottar flere kvoter enn det har behov for.

### 5 Tildeling av vederlagsfrie kvoter i ETS fase 3

Temaet til nå har vært anvendelsen av statsstøttereglene på ETS. Avslutningsvis er det hensiktsmessig å gi en kort redegjørelse for rettsbildet etter 2013, når ETS går inn i fase 3. Det kan pekes på tre hovedendringer i det opprinnelige kvotehandelsdirektivet:

1. Auksjonering regnes som det grunnleggende prinsippet for allokering<sup>200</sup>
2. Den totale mengden kvoter tilgjengelig innen ETS bestemmes sentralt<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Fortalens avsnitt 15.

### 3. Statsstøttetildeling knyttes i større grad opp til angitte sektorer

Man går altså bort fra *grand-fathering* og over til et rent auksjonssystem. Det er i teorien antatt at et auksjonssystem vil ha færre skadevirkninger for fellesmarkedet enn vederlagsfri tildeling.<sup>202</sup> Den nåværende desentraliserte modellen der enkeltstater utarbeider sin egen NAP erstattes med en felles tildeling. Bakgrunnen for dette er erfaringene fra fase 1 og 2, hvor statlig tildeling av kvoter har vært for høy til å etablere et velfungerende marked.<sup>203</sup>

Spørsmålet i dette kapittelet er om endringene i Direktiv 2009/29/EC påvirker konklusjonene i *punkt 3 og 4* om statsstøttereglenes anvendelse. Et viktig forbehold ved behandlingen av dette spørsmålet er at auksjonsordningen skal innføres etappevis. 100% auksjonering forventes ikke å kunne innføres før 2027, jf. art. 10a (11), jf. fortalens avsnitt 21.<sup>204</sup> Spørsmålet kan deles inn i to problemstillinger:

1. Vil vederlagsfri tildeling av kvoter fremdeles regnes som statsstøtte i fase 3?
2. Hvilken adgang har statene til å drive aktiv forskjellsbehandling i fase 3, jf. art. 61 (3)?

#### 5.1 Vil vederlagsfri tildeling av kvoter regnes som statsstøtte i fase 3?

Den første problemstillingen er om vederlagsfri tildeling av klimakvoter fremdeles regnes som statsstøtte i fase 3. Det prinsipielle utgangspunktet i Direktiv 2009/29/EC er at statsstøttereglene gjelder uendret:

---

<sup>201</sup> Ibid. avsnitt 14. Kvotetallet reduseres årlig med 1.74%, jf. art. 9.

<sup>202</sup> Hepburn, s. 138.

<sup>203</sup> Van Zeven s. 349.

<sup>204</sup> Målet er 80% vederlagsfri tildeling i 2013, og 30 % innen 2020. Strømproduksjon er underlagt full auksjonering fra og med 2013, jf. ibid. art.10a(3) jf. art.10c forutsetningsvis. Strømsektoren er mindre utsatt for konkurranse, se Hepburn s. 141, og kan overføre kostnader til forbrukere.

*”This Directive does not prejudice the outcome of any future State aid procedures that may be undertaken in accordance with Articles 87 and 88 of the Treaty.”*<sup>205</sup>

Direktiv 2009/29/EC knytter på lik linje med det opprinnelige direktivet utformingen av ETS opp mot statsstøtteregele, jf. fortalens avsnitt 18 og Annex III vilkår 5. Videre legger Miljøretningslinjene implisitt til grunn at overgangen til et auksjonssystem ikke utelukker en anvendelse av statsstøtteregele, jf. pkt. 140 og 141.<sup>206</sup>

Et sentralt poeng i forhold til anvendelsen av statsstøtteregele er likevel at statene ikke lenger er pålagt å utarbeide allokeringerplaner. Den totale mengden kvoter som skal tildeles bestemmes sentralt, og allokeringermodellen blir i økende grad basert på auksjonering. For det første innebærer dette at statenes frihet til å foreta intern prioritering trolig begrenses, slik det drøftes nærmere i *punkt 5.2*. For det andre innebærer det at Kontrollorganene ikke lenger kan foreta en vurdering av planene før iverksettelse, slik de har kunnet i medhold av direktivets art. 9 (3). Enhver statsstøtterettslig vurdering må subsumeres direkte under EØS-avtalen art. 61 (3) og art. 107 (3). Vurdering av tildelingskriterier vil måtte foretas på bakgrunn av notifisering eller i kraft av organenes selvstendige undersøkelsesplikt, jf. ODA protokoll 3 art. 1 (1), art. 108 (1) TFEU.

Det *legislative grunnlaget* for vurderingen av statlig gjennomføring av ETS vil dermed endres. Likevel kan man som nevnt trolig tolke inn det samme materielle innholdet i direktivets art. 9 (3) som i art. 61 (3). Det at statene ikke lenger utarbeider samme allokeringerplan påvirker derfor ikke de rettslige *rammene* for Kontrollorganenes vurdering.

Enhver vederlagsfri og frivillig tildeling av klimakvoter vil mest sannsynlig regnes som statsstøtte også i fase 3.

---

<sup>205</sup> Fortalens avsnitt 18 i.f.

<sup>206</sup> Pkt. 141 gjelder fullt ut i fase 3.

## 5.2 Forskjellsbehandling i fase 3, jf. art. 61 (3)

Reglene for vederlagsfri tildeling av klimakvoter er gitt i Direktiv 2009/29/EC art. 10a-10c. De gjelder kun i overgangsperioden frem til 100% av kvotene auksjonerer bort. En fullstendig behandling av regelverket vil bli for omfattende, og vil uansett være lettere å gjennomføre når de nye Retningslinjene foreligger. Problemstillingen er om unntaksadgangen ved art. 61 (3) som er beskrevet i *punkt 3 og 4* gjelder tilsvarende for fase 3.

Et utgangspunkt er at ”harmoniseringen” av tildelingskriterier vil føre til en mye mer regelbundet allokeringssprosess. Akseptable støtteformål angis kategorisk jf. art. 10a-10c. Dette er en naturlig videreutvikling fra den nåværende rettstilstanden, hvor godkjenning er avhengig av at man allerede har anerkjent støtteformålet. Til dels er kategoriene for støtte en kodifisering av praksis, til dels er det angitt nye formål. Hovedkategoriene for støtte er høyeffektive varmekraftverk,<sup>207</sup> nye aktører,<sup>208</sup> sektorer utsatt for karbonlekkasje,<sup>209</sup> modernisering av strømproduksjonsanlegg<sup>210</sup> og art. 10a(5), som er en restbestemmelse. Av disse er trolig reglene for karbonlekkasje og restbestemmelsen de praktisk viktigste. Ved siden av en kvantitativ begrensning, jf. bokstav a og b, er det lite i art. 10a (5) som tilsier at den ikke gir en generell hjemmel for tildeling av kvoter vederlagsfritt, men den har tiltagende kvantitative begrensninger.

Det kan kort reises spørsmål om ordlyden i Direktiv 2009/29/EC gir hjemmel for å begrense statenes fleksibilitet generelt, jf. art. 10a(1) nr. 3 og art. 11(2) som taler om ”kalkulering” av allokeringsmengder (*”shall be calculated”*), fremfor en ”allokering.”<sup>211</sup> Formuleringsmåten vitner om at det skal foretas en mer regelbundet tilnærming, der tildelingskriterier i større grad må bindes opp til innholdet i direktiv 2009/29/EC. Samtidig er det lite grunnlag å generalisere ut fra bestemmelsene. Verken plassering eller innhold tilsier at de er ment å være prinsippbestemmelser som endrer

---

<sup>207</sup> Jf. art.10a (4).

<sup>208</sup> Jf. art.10a(7).

<sup>209</sup> Jf. art.10a(12).

<sup>210</sup> Jf. art.10c.

<sup>211</sup> Weishaar s. 190.



ved det materielle allokeringssystemet. Trolig er ikke det rettslige grunnlaget for en begrenset tildelingsadgang å finne i disse formuleringene, men i selve systemet som Direktiv 2009/29/EC innfører.

Hovedkonklusjonene fra *punkt 3 og 4* om anvendelsen av statsstøtteregele på vederlagsfri tildeling av klimakvoter og unntaksadgangen i art. 61 (3) gjelder mest sannsynlig også for fase 3.

## **6 Avsluttende betraktninger**

Det er fremdeles mange spørsmål forbundet med om det prinsipielt er grunnlag for en anvendelse av statsstøtteregele på vederlagsfri tildeling av klimakvoter. En fellesnevner er at man i mangel av andre kilder legger Kontrollorganenes syn på rettstilstanden til grunn. Inntil det foreligger autoritativ praksis fra domstolene må det antas at denne praksisen i stor grad gir uttrykk for gjeldende rett. Samtidig tyder mye på at Kontrollorganenes syn har vært styrt av ønsket om å sikre statsstøtteregeleenes effektivitet.

Ved vilkårene for å påvise statsstøtte reiser særlig statsmiddelkriteriet flere spørsmål. Grunnlaget for å anvende statsstøtteregele på tvungent utdelte kvoter er usikkert, særlig dersom en stat velger å auksjonere bort alle sine frie kvoter. Følgen av dette vil være at statens valg av implementeringsmåte blir avgjørende for statsstøtteregeleenes anvendelse. Harmoniseringssynspunkter taler mot et slikt vilkårlig resultat. Trolig vil Kontrollorganene fortsette å legge til grunn at all tildeling er statsstøtte. Dersom man på dette grunnlaget søker å klassifisere tvungent utdelte kvoter som statsstøtte på selvstendig grunnlag vil det trolig være å utvide rekkevidden av statsstøttebegrepet slik det er definert i praksis.

Uklarhetene rundt statsstøttekriteriene er uheldige sett hen til ETS' sentrale betydning for fellesmarkedet og summene involvert. Trenden går likevel mot en stadig sikrere

rettstilstand, basert på to utviklingslinjer. For det første vil Kontrollorganenes praksis få mer vekt etter hvert som tiden går og antallet avgjørelser stiger. For det andre vil utviklingen i markedet for klimakvoter fortsette å styrke argumentene for å tillegge kvoter økonomisk verdi, både for staten og mottagerforetak.

Forutsatt at vederlagsfri tildeling av klimakvoter utgjør statsstøtte må den godkjennes for å være lovlig. Følgen av konklusjonene i *punkt 3* er at allokeringsplanene i realiteten ikke er gitt en formell godkjenning i henhold til art. 61 (3). Tildelingen av kvoter i de nasjonale allokeringsplanene er dermed formelt sett ulovlig statsstøtte. Det vil føre for langt å drøfte de mulige rettsvirkningene av dette her. Uansett er det vanskelig å se for seg en situasjon hvor en stat går til sak mot Kontrollorganene i et forsøk på å påvise at statsstøtte i form av vederlagsfri tildeling av kvoter mangler endelig godkjenning. Dersom staten får medhold vil det kunne innebære et krav om tilbakeføring av støtte som ikke tjener statens egne interesser.

I lys av den økende mengden auksjonering etter 2013 vil statsstøtteproblematikken bli mindre fremtredende på sikt. Virkningen av smalere rammer rundt tildelingskriterier er at man ender opp med en rekke prioriterte sektorer og områder som vil kunne nyte godt av støttetiltak, samtidig som statens frihet til å prioritere etter egne ønsker reduseres. Omleggingen kan synes nødvendig ut fra nåværende erfaringer med ETS, men det bør utvises forsiktighet i å legge så strenge rammer for tildeling av miljøstøtte at man fratar statene all fleksibilitet.<sup>212</sup>

---

<sup>212</sup> Branton (2006), *E.S.t.A.L.* nr. 4, s. 731.

## 7 Kilder

### Litteratur:

- Alterskjær, Hjelmeng, Lund og Nordby, (2008) *"Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte"*, 1. utg. 2008
- Arnesen, F. (1995), *"Introduksjon til rettskildelære i EF"*, 3. utg. Universitetsforlaget
- Bacon, K. (2003) *"The concept of State aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK courts"*, European Competition Law Review, Vol. 31, s.1357-1374
- Birnie, P., Boyle, A., Redgwell, C., (2009) *"International Law & the Environment"*, 3. utgave, Oxford University Press 2009
- Bram Akkermans og Eveline Ramaekers, , *"Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations"*, European Law Journal Vol 16 Issue 3 May 2010, s.292
- Branton, G., "Environmental Aid: a Case for Fundamental Reform (1)", European State Aid Law Quarterly nr. 4, 2006, s. 729-733
- Craig, P., de Burca, G., (2008) *"EU Law: Text, cases and materials"*, 4. utgave, Oxford University Press
- Frenz, W., (2007) *"Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht,"* 3. utgave, Springer. Tilgang gjennom Google books.
- Hancher, L., Ottervanger, T., Slot, P.J., (2006), *"EC State Aids"*, 3. utgave London, Sweet & Maxwell
- Hepburn, C., Grubb, M., Neuhoﬀ, K., Matthes, F., Tse, M., *"Auctioning of EU ETS phase II allowances: how and why?"*, Climate Policy 6 (2006) s.137-160
- Holmes, S., "Environmental Aid: a Case for Fundamental Reform (2)", European State Aid Law Quarterly nr. 4, 2006, s. 735-741.
- Johnston, A., *"Free allocation of allowances under the EU emissions trading scheme: legal issues"*, Climate Policy 6 (2006) s.115-136
- Lorenz, M., *"Emission Trading – the State Aid Dimension"*, European State Aid Law Quarterly nr. 3, 2004, s. 399-405
- Merola, M og Grichlow, g., (2004) *"State aid in the Framework of the EU Position after Kyoto: An analysis of Allowances Granted under CO2 Emissions Allowance Trading Directive"*, World Competition, Vol.27, Nr.1, s. 25-52

Sejersted, F., Arnesen, F., Rognstad, O., Foyen, S., Kolstad, O., (2004) ”EØS-rett”, 2. utgave, Universitetsforlaget

Weishaar, S. (2009), ”Towards Auctioning: The Transformation of the European Greenhouse Gas Emissions Trading System,” Wolters Kluwer, Nederland

Whish, R. (2009), ”Competition Law”, 6. utgave, Oxford University Press

van Zeven, J.A.W., ”(De) Centralized Law-making in the Revised EU ETS”, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2009-09. Tilgjengelig på <http://ssrn.com/abstract=1415666>

Zwingmann, Katja, (2007) ”Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie, Bedeutung und Funktionsweisen der Primärallokation von Zertifikaten” DUV Gabler Edition Wissenschaft, Wiesbaden. Tilgang gjennom Google books.

#### Praksis fra EU-domstolen:

Sak 30/59 *Steenkolenmijn in Limburg v. High Authority*, [1961]

Sak 173/73 *Italy v Commission* [1974] ECR 709

Sak 61/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denkavit italiana* [1980] ECR 1205

Sak 730/79 *Philip Morris*, [1980] ECR 2671

Forenede saker 296/82 og 318/82 *Kongeriket Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek B.V. v Kommisjonen*, [1985] ECR 809

C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] I-1979

Forenede saker C-134/91 og C-135/91 *Kerafina and Vioktimatiki* [1992] ECR I-5699

C-159/91 *Poucet and Pistre v Assurances Generales de France* [1993] I-637

Saker C-278/92, C-279/92 og C-280/92 *Spania mot Kommisjonen* [1994] ECR I-4103

C-241/94 *Frankrike vs Kommisjonen* [1996] ECR I-4551

C-52/97, C-53/97 og C-57/94 *Viscido, Scandella, Terragnolo og andre mot Ente Poste Italiane* [1998] ECR I-2629

C-35/96 *Commission v. Italy* [1998] I-3851

C-200/97 *Ecotrade Srl mot AFS* [1998] ECR I-7907

C-180/98 *Pavlov* [2000] I-6451

C-379/98 *PreussenElektra v Schleswig AG* [2001] ECR I-2099

C-351/98 *Spania mot Kommisjonen* [2002]

C-143/99 *Adria-Wien Pipeline* [1999] E.C.R. I-8365

C-309/99 *Wouters* [2002] I-1577  
C-475/99 *Ambulanz Glöckner* [2001] I-8089  
C-482/99 *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)* [2002] E.C.R. I-4397  
C-280/00 *Altmark Trans* [2003] I-7747  
C-409/00 *Spania mot Kommisjonen* [2003]  
C-172/03 *Heiser* [2005] ECR I-1627  
C-40/04 *Yonemoto* [2005] ECR I-7755

#### Praksis fra EFTA-domstolen

E-6/98 *Norge mot ESA* REC 1999 s. 74  
Forenede saker E-5/04, E-6/04, E-7/04 *Fesil and Finn fjord, PIL and others and Norway v ESA* [2005], premiss 93

#### Praksis fra Retten (Førsteinstansen)

T-459/93 *Siemens SA vs Kommisjonen* [1995] ECR II-1675  
T-184/97 *BP Chemicals v Kommisjonen* [2000] ECR II-3145  
T-13/99 *Pfizer Animal Health v. Council* [2002] ECR II-3305  
T-55/99 *CETM mot Kommisjonen* [2000] ECR II-3207  
T-171/02 *Regione Autonoma della Sardegna v. Commission* [2005]  
T-351/02 *Deutsche Bahn AG mot Kommisjonen* [2006]  
T-155/04 *SELEX Sistemi Integrati v Commission* [2006]  
T-374/04 *Tyskland mot Kommisjonen* [2007]  
T-387/04 *EnBW Energie Baden-Württemberg AG mot Kommisjonen* [2007]  
T-178/05 *Storbritannia mot Kommisjonen* [2005]  
T-183/07 *Polen mot Kommisjonen* [2009]  
T-263/07 *Estonia mot Kommisjonen* [2009]

#### Forordninger og Direktiver:

EU-forordning nr. 659/1999 av 22 mars 1999 *laying down detailed rules for the application of Article 93 (now Art.88) of the EC Treaty*, OJ L 83/1  
Direktiv 2003/87/EC fra Europaparlamentet og Europarådet av 13 Oktober 2003 *establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC* [2003] OJ L275/32.

Direktiv 2004/101/EC fra Europaparlamentet og Europarådet av 27 Oktober 2004  
*amending Directive 2003/87/EC establishing a scheme for greenhouse gas  
emission allowance trading within the Community, in respect of the Kyoto  
Protocol's project mechanisms*, OJ L338/18

EU-forordning nr. 2216/2004 av 21. desember 2004 *"for a standardised and secured  
system of registries pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament  
and of the Council"*

EU-forordning nr. 1998/2006 av 15. desember 2006 om bagatellmessig støtte,  
inkorporert i norsk rett som forskrift ved *Forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt  
for offentlig støtte*, FOR-2008-1114-1213, §2.

EU-forordning nr. 800/2008 av 6. aug 2008 *om visse støttekategoriers forenlighet med  
det felles marked.*

Direktiv 2009/29/EC fra Europaparlamentet og Europarådet av 23 April 2009 *amending  
Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission  
allowance trading scheme of the Community*, OJ 140/63

#### Retningslinjer fra Kommisjonen og ESA:

Kommisjonen: State Aid Action Plan, *"Less and better targeted state aid: a roadmap  
for state aid reform"* 2005–2009, COM(2005) 107 final. Tilgjengelig på <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:EN:PDF>

Kommisjonen: *Community Guidelines on State aid for Environmental Protection*,  
03.02.2001, (2001/C37/03)

Kommisjonen: *"on guidance to assist Member States in the implementation of the  
criteria listed in Annex III to Directive 2003/87/EC establishing a scheme for  
greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending  
Council Directive 96/61/EC, and on the circumstances under which force majeure  
is demonstrated,"* COM(2003) 830 final

Kommisjonen: *"Further guidance on allocation plans for the 2008 to 2012 trading  
period of the EU Emission Trading Scheme,"* COM(2005) 703 final

Kommisjonen: *"on the assessment of national allocation plans for the allocation of  
greenhouse gas emission allowances in the second period of the EU Emissions  
Trading Scheme accompanying Commission Decisions of 29 November 2006 on  
the national allocation plans of Germany, Greece, Ireland, Latvia, Lithuania,*

*Luxembourg, Malta, Slovakia, Sweden and the United Kingdom in accordance with Directive 2003/87/EC,* ” COM(2006) 725 final

Kommisjonen: *Community Guidelines on State aid for Environmental Protection*, 01.04.2008, (2008/C82/01)

ESA: *The ESA State Aid Guidelines* av 16 juli 2008. Tilgjengelig på

<http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/State-aid-Guidelines.pdf>

Kommisjonen: 18. mars 2010: ”*Guidance on Interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)*”. Tilgjengelig på

[http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/docs/100318\\_guidance\\_interpr\\_annex\\_i\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/docs/100318_guidance_interpr_annex_i_final.pdf)

#### Praksis fra Kommisjonen og ESA:

Kommisjonen (2000): Statssøttesag Nr. N 653/1999 *CO2-kvoter*, SG (2000) D/, 12.04.2000.

Kommisjonen (2001): Steunmaatregel nr. N 550/2000 *België*

*Groenestrooms-certificaten*, SG (2001) D/290545, 25.07.2001.

Kommisjonen (2001): State aid Nr. N 416/2001 *United Kingdom Emission Trading Scheme* COM(2001) 3739 final, 28.11.2001.

ESA (2008): *concerning the national allocation plan for the allocation of greenhouse gas emission allowances notified by Norway*, 504/08/COL, 16.07.2008.

ESA (2009): *concerning the amendments to the national allocation plan for the allocation of greenhouse gas emission allowances notified by Norway*, 100/09/COL, 27.02.2009.

Kommisjonens avgjørelser av nasjonale allokeringsplaner i fase 2 er tilgjengelige på [http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allocation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allocation_en.htm). Her listes kun opp de det er aktivt sitert fra:

07. juli 2004 Tyskland

12. april 2005 Storbritannia

29. november 2006 Irland

29. november 2006 Tyskland

16. januar 2007 Nederland

26. mars 2007 Tsjekkia

26 mars 2007 Polen

02. april 2007 Østerrike  
26. oktober 2007 Tyskland  
11. desember 2009 Estland  
19. april 2010 Polen

Uttalelser fra EØS-organene og EU:

Kommisjonen: *On the sixth environmental action programme of the European Community, "Environment 2010: Our future, Our choice"*, 24.01.2001, COM (2001) 31 final, s. 24.

Europaparlamentet og Rådet: *Decision nr. 1600/2002/EC "The Sixth Community Environment Action Programme,"* 14.09.2002, OJ L242/1.

Kommisjonen: Letter of the Commission datert 17 mars 2004, HNV C2/PV/amh/D(2004)420149.

Kommisjonen: "Non-paper" av 1. april 2003, *"The EU Emissions Trading Scheme: How to develop a National Allocation Plan."* Tilgjengelig på <http://ec.europa.eu/comm/environment/climat/pdf/030401nonpaper.pdf>.

EØS-komiteen: *Decision of the EEA Joint Committee* Nr. 146/2007 av 26. Oktober 2007 *Amending Annex XX (Environment) to the EEA Agreement.*

Kommisjonen: *Decision of 24 december 2009 determining, pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, a list of sectors and subsectors which are deemed to be exposed to a significant risk of carbon leakage,* (2010/2/EU).